

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

DUE DILIGENCE COMO POLÍTICA PÚBLICA ANTICORRUPÇÃO. UMA ANÁLISE PRÁTICA DA APLICABILIDADE DA DUE DILIGENCE PRÉVIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

DUE DILIGENCE AS AN ANTI-CORRUPTION PUBLIC POLICY. A PRACTICAL ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF PRIOR DUE DILIGENCE IN PUBLIC PROCUREMENT.

Gustavo Ribeiro Tergolino

Resumo

A pesquisa tratou da Due diligence prévia dos licitantes, comparada as ACPs do MPRJ, quanto as contratações realizadas pela Secretaria de Saúde, para o combate ao COVID19. Para tanto, o presente artigo, delimita a pesquisa que foi realizada para o programa do PPGD da UNIRIO, para dentro de um modelo de gestão de riscos e controle preventivo dos processos de Licitação e Contratos da Administração Pública. Vale destacar, a atenção que se deu para a necessidade de procedimentar o §1º do artigo 169 da nova Lei de Licitações, um marco no tema da Due diligence pela Administração Pública. No tocante a hipótese, vislumbrasse que a aplicação do procedimento de Due diligence é realizado na Secretaria de Saúde, ademais, de que a Secretaria possui um Programa de Integridade vinculado ao Governo e que este coordena todas as ações de mitigação de riscos, inclusive como as contratações que foram alvo das investigações do MPRJ. O teste de hipótese analisou as contratações públicas da Secretaria de Saúde. Esse teste verificou o resultado da Due diligence perante as contratações investigadas, comparado com os indícios demonstrados nas ACPs do MPRJ. Um dos objetivos da pesquisa foi de apresentar um modelo de Due diligence prévia as contratações e comparar sua paridade com os princípios constitucionais, além de demonstrar se a DD pode motivar decisões da ADM Pública. Ao fim, a pesquisa apresenta um trabalho comparativo de variáveis, com dados que se pretende oferecer para academia, a Administração Pública e o mercado.

Palavras-chave: Due diligence, Devida diligência, Diligências apropriadas, Programa de integridade, Gestão de riscos

Abstract/Resumen/Résumé

The research dealt with the previous due diligence of the bidders, compared to the ACPs of the MPRJ, regarding the hiring carried out by the Secretariat of Health, to fight the COVID19. Therefore, this article delimits the research that was conducted for the PPGD program of UNIRIO, to within a model of risk management and preventive control of the Public Administration's Bidding and Contracts processes. It is worth highlighting the attention that was given to the need to amend §1º of the article 169 of the new Bidding Law, a landmark in the topic of DD by the Public Administration. Regarding the hypothesis, it was observed that the application of the due diligence procedure is carried out in the Health

Secretariat, and that the Secretariat has an Integrity Program linked to the Government, which coordinates all risk mitigation actions, including the hiring that was the target of the MPRJ's investigations. The hypothesis test analyzed the public hiring of the Health Secretariat. This test verified the result of the due diligence on the investigated hiring, compared to the evidence demonstrated in the ACPs of the MPRJ. One of the objectives of the research was to present a model of due diligence prior to the hiring and compare its parity with the constitutional principles, besides demonstrating whether the DD can motivate decisions of the Public Administration. At the end, the research presents a comparative work of variables, with data that is intended to offer to academia, the Public Administration and the market.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due diligence, Due diligence, Due diligence, Integrity program, Risk management

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo se alvitra avaliar aspectos jurídicos e empíricos da realização da Due Diligence pelos órgãos da Administração Pública e a forma em que este tipo de controle Interno pode figurar como ferramenta de Política Pública Anticorrupção.

Os métodos e modelos anticorrupção atuantes perante a Administração Pública, possuem um forte condão nas ações ostensivas, no entanto, são muito deficientes nos métodos preventivos. Por isso, é necessário repensar formas de atuação do controle interno na Administração Pública.

O tema da presente pesquisa permeia dentro de Licitação e Contratos na Administração Pública, mais especificamente da regulamentação do controle interno de licitantes e participantes da licitação no âmbito público. Tal forma de regulamentação pode ser considerado como um modelo de Política Pública Anticorrupção, ligado ao Programa de Integridade, dentro do sistema de controle interno da Administração Pública pertinente.

E, portanto, o tema é delimitado para um modelo de gestão de riscos e controle preventivo, no âmbito da licitação pública, dentro dos Programas de controle interno na Administração Pública, como os Programas públicos de integridade. Sendo assim, objetivou-se demonstrar que tais mecanismos devem passar a fazer parte de um modelo de Política Pública Anticorrupção, na licitação pública, prévia à contratação.

Portanto, o desafio desse artigo foi o de investigar as contratações para o combate ao COVID19, realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e que foram investigadas e processadas pelo Ministério Público do Rio. Casos estes que tiveram a participação do Secretário de Saúde e demais integrantes de sua cúpula à época.

A investigação analisou se tais contratações passaram por algum modelo de Due Diligence prévia e se sim, como esse processo se deu ou, se simplesmente passou apenas por uma fiscalização efetiva, como os procedimentos de Habilitação, qualificação e julgamento, regidos pela de Legislação vigente (L.8.666).

Neste sentido, também foi experimentado, se o modelo de Due Diligence aplicado, tem a possibilidade de formular uma Política Pública Anticorrupção na Administração Pública, seja na Secretaria de Estado de Saúde do Rio ou de qualquer Administração Pública.

Assim, justifica-se estender a análise sobre alguns artigos da Lei 8.666, de licitações e contratos e o artigo 169, da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133). Essas normas são interpretadas de maneira a se executar as devidas diligências prévias a contratação e ademais, demonstram indícios da necessidade de criação de procedimentos infralegais pelos

órgãos de controle interno da Administração Pública, principalmente para padronizar a gestão de risco prévia à contratação.

Em razão disso, faz-se necessário inovar o estudo do Compliance Público e a maneira em que ele é utilizado preventivamente pela Administração Pública.

Assim, a pesquisa avaliou a falta de análise prévia dos perfis reputacionais dos licitantes e de seus sócios, nas contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio, para o COVID19, fazendo um paralelo com as Ações Cíveis Públicas e Portarias de investigação instauradas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por irregularidades e fraudes nos contratos da Secretaria de Saúde. Neste contexto, o plano de trabalho para a pesquisa, foi o de buscar, junto ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, as Ações Cíveis Públicas e se debruçar sobre elas, identificando os pontos de coesão com as identificações que a Due Diligence, naturalmente também identifica em sua investigação.

Voltando o foco novamente à legislação de Licitação e Contratos, vale destacar a necessidade de se procedimentar o artigo 169 da Lei 14.133/2021, através de norma infralegal regulamentar, como determina o seu §1º. Ou seja, o problema já era presente, mesmo com a vigência da Lei 8.666, onde em seus artigos, já se é possível interpretar pela necessidade de prévia diligência as contratações, como demonstrado no tópico da habilitação, julgamento da licitação e pré-qualificação dos licitantes. No entanto, tais medidas de gestão de risco e controle preventivo podem continuar a não ser empregadas, por serem entendidas como não obrigatórias.

Um outro ponto muito importante no que tange à legislação, é a ausência de Lei Ordinária Federal, que obrigue a implantação de Programa de Integridade em todo e qualquer órgão da Administração Pública, incluindo todos os Poderes, como já é obrigatório para as empresas públicas, além de regionalmente, pela maioria dos Estados Brasileiros, para fornecedores em licitação. Isso, lamentavelmente, gera fragilidade que dificulta a implementação de modelos de *gestão de riscos* para controle prévio.

A Due Diligence prévia à contratação, com a análise reputacional da contraparte pela Administração Pública, como Política Pública Anticorrupção e modelo de controle interno de licitações, precisa ser implantada na fase de licitação do órgão público, mas, previamente à contratação ou qualquer outra fase que inviabilize a tomada de decisão, como inclusive, a não contratação.

Portanto, o problema que envolve a pesquisa e se faz necessário responder com este estudo é: A aplicação em forma de teste, do modelo de Due Diligence idealizado, aos casos investigados pelo MP, mostrará se os “red flags” daquela contratação já eram evidentes à época

da licitação e se, as medidas mitigadoras possíveis, deste modelo aplicado, seriam aplicáveis ao processo licitatório.

Deste modo, as perguntas ao serem respondidas, deverá apresentar as hipóteses abaixo, fruto dos questionamentos do Problema acima, se não, veja-se:

A mais provável, a de que as contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio para o combate ao COVID19, em que o Ministério Público apontou irregularidades, não passaram pelo procedimento de Due Diligence, não tiveram análise prévia de licitantes, não tiveram análise prévia dos perfis reputacionais dos licitantes nem dos seus sócios;

- d) Possuir um Programa de Integridade implantado na Secretaria de Saúde;
- e) A pesquisa jurisprudencial, de demandas de licitantes contra o Estado.
- f) A demonstração de um modelo ideal de procedimento de Due Diligence.

O objetivo geral do artigo, foi o de comparar os indícios identificados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de fraudes, irregularidades e corrupção nas contratações do COVID19 pelo Estado do Rio, com os “red flags” naturalmente identificados na realização de Due Diligence pela Administração Pública, além de apresentar um modelo de Due Diligence, verificar sua paridade com os princípios da legalidade e segurança jurídica e se ele pode motivar decisões da Administração Pública.

Já os objetivos específicos abrangem comparar e analisar a identificação acima mencionado, nas contratações de combate ao COVID19, tentando identificar a existência de algum paralelismo. Já a delimitação de espaço e tempo usada na comparação de Ações instauradas pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, ocorreu no período de 2020.

A pesquisa também apresenta um modelo de Due Diligence prévia, como possibilidade de instrumento de controle interno para a máquina pública, coordenado por um Programa de Integridade, no qual pode ser interpretado como um modelo de Política Pública Anticorrupção, além da regulamentação do §1º, do artigo 169, da nova Lei de Licitações e Contratos. Ressalta-se que tal modelo não têm o condão de prevenir ou evitar a corrupção, ilegalidades ou fraudes nas contratações públicas, mas, apenas de fazer a “gestão de riscos”.

A pesquisa analisou, ainda, se a aplicação de um exemplo de modelo de Due Diligence, em um processo de Licitação e Contratos da Administração Pública, está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Em complemento, a pesquisa analisou se a utilização do resultado da avaliação de risco, feita pela Due Diligence, possui fundamentação jurídica, para justificar a decisão da

Administração Pública, de rejeitar o licitante, descontratar o fornecedor ou lhe impor medidas de controle.

Desta forma para responder essas indagações o artigo está estruturado em etapas: Uma etapa que trata de análise das contratações para o combate ao COVID19, outra sobre a análise do procedimento de Due Diligence de licitantes, como um dos pilares do programa de integridade e mecanismo de controle interno da Administração Pública, ademais a análise das investigações do Ministério Público contra as irregularidades nas contratações para o COVID19 e a última, que se desenvolve quanto aos aspectos da comparação das ações propostas e instauradas pelo MP, com o resultado das Due Diligence, prévia ou o modelo aplicado, das contratações realizadas pela secretaria de saúde do Estado do Rio para o combate ao COVID19, no ano de 2020.

E, por fim, a revisão bibliográfica foi dividida em três partes:

Análise da Legislação estadual e geral para contratações e Compras no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Análise do sistema de Controle Interno, do Programa de Integridade e do Procedimento de Due Diligence.

Análise do contencioso FTCOVID do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para combate ao COVID19, no tocante as Posturias investigativas, Ações Propostas e o desenvolvimento destas ações.

1.1 Uma breve síntese sobre a separação dos capítulos da pesquisa e os tópicos referenciados, demonstrando como se deu sua organização

Pois bem, a pesquisa completa está estruturada em 4 capítulos, mais as considerações finais, onde o 1º capítulo descreve a ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES PARA O COMBATE AO COVID-19, que é basicamente a explicação de como tudo ocorria dentro da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro além de, como o Ministério Público mapeou toda a crise e a fraude nas contratações.

Já no 2º capítulo da pesquisa descreve a ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE Due Diligence DE LICITANTES COMO UM DOS PILARES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE E MECANISMO DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, nesta parte de descreve sobre a origem, história, princípios e jurisprudência, tudo isso norteando as possibilidades de realização da Due Diligence no âmbito da Administração Pública.

No 3º capítulo da pesquisa, se descreveu a ANÁLISE DAS AÇÕES DO FTCOVID/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro CONTRA AS

IRREGULARIDADES NAS CONTRATAÇÕES EM COMBATE AO COVID-19. Este capítulo se mergulha na investigação do Ministério Público, pois é nesta parte da pesquisa que se resume aquilo que era relevante nas demandas do MP, sobre as fraudes nas contratações, para este trabalho. Ademais, como é sabido através de toda a pesquisa, a investigação do Ministério Público é parte delimitadora da análise central do tema da Due Diligence e é por isso, que foi tão importante o entendimento quanto aos cargos das pessoas que deliberavam as escolhas e contratações dos licitantes, como a identificação das empresas que participaram dos esquemas fraudulentos, conforme denúncia do MP.

E no 4º e último capítulo, foi descrito quanto a APLICABILIDADE DA Due Diligence PRÉVIA ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, comprada, AS CONTRATAÇÕES DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ERJ PARA O COVID-19, INVESTIGADAS PELO Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, onde foi comparado o modelo proposto, direto com a análise das empresas processadas pelo MP, detalhando a fundo como ocorre a detecção dos riscos que as empresas já representavam a época da contratação.

E no final, se relatou as considerações finais da pesquisa, resumindo a análise dos estados da região sudeste, falando do modelo de Due Diligence idealizado, destacando a aplicabilidade da Lei 14.133 e a aplicação dos seus artigos, como a efetividade da Due Diligence. Também foi descrito sobre a controvérsia jurídica do tema, esclarecendo os posicionamentos doutrinários (Marcelo Zenkner, Rodrigo Pironti e o próprio Eduardo Langoni). Portanto, o principal posicionamento da pesquisa foi no tocante a realização da comparação das contratações evidenciadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro como fraudulentas, com a realização do procedimento de Due Diligence das mesmas, onde se demonstrou que a Due Diligence anteciparia os indícios que motivaram o Ministério Público em suas investigações.

2 Contexto da investigação do MP, da busca de informações, da análise da jurisprudência e doutrina, a análise da Lei de Licitações e aplicação do modelo sugerido

De início, destaco que o ponto crucial que se espera ter respondido com essa pesquisa, é se a crise do covid19 na secretaria de Saúde do Estado do Rio, poderia ter sido atenuada com a implantação do modelo de Due Diligence prévia as contratações.

O que foi possível entender, que essa questão é impossível de responder, porém, sem sombra de dúvidas, a total falta de gestão de riscos e governança, no modelo de contratação da Secretaria de Saúde a época, contribuiu muito para a crise que se deu.

Portanto, a principal hipótese da pesquisa, está no cerne da comparação das contratações investigadas nas Ações Cíveis Públicas e Portarias do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com a realização do procedimento de Due Diligence.

Porém, como ficou demonstrado, as contratações realizadas pela Secretaria Estadual de Saúde não passaram pelo procedimento de Due Diligence, nem qualquer outro procedimento de habilitação e justamente em função da Lei 13.979, promulgada no início da Pandemia e que foi deturpada por algumas administrações, com o objetivo de fraudar as licitações.

E isso, acabou fazendo, com que as comparações efetivadas na pesquisa fossem realizadas por hipóteses.

E apenas a título de informação, o Governo do Estado do Rio de Janeiro já possuía a época, um Programa de Integridade instituído pela Controladoria Geral do Estado do Estado do Rio de Janeiro, aliás, bem antes da Pandemia do COVID19, no entanto, a Secretaria Estadual de Saúde ainda não tinha implantado, se quer a grande maioria das Secretarias do Estado do Rio de Janeiro, como foi possível identificar nas respostas do Serviço de Informação do Estado do Rio.

Com relação a essa busca de informações, quanto ao controle interno de Administrações Públicas para contratações públicas, um dos pontos chaves da pesquisa que foi a busca dos mesmos dados solicitados ao Rio, para os demais estados da região sudeste, é de que, estes dados já eram solicitados pela pesquisa desde 2021 e que alguns só foram respondidos no final de 2022.

Pois bem, além do Rio de Janeiro, a pesquisa consultou os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Espírito Santo, sendo que, apenas Minas Gerais e o Espírito Santo confirmaram realizar a Due Diligence, já a Secretaria de Saúde do RIO, informou que passou a realizar um Background check dos fornecedores, desde junho de 2022 até hoje. Neste contexto, o Estado de Espírito Santo forneceu dados quantitativos de Due Diligences realizadas nos anos de 2019 à 2021 e São Paulo disse que não faz, mas, pretende passar à fazer assim que a Nova Lei de Licitação e Contratos for regulamentada. Todos menos o Estado do Rio de Janeiro confirmou solicitarem autodeclarações como a de conflito de interesses para os licitantes. Nenhum Estado forneceu dados quanto a medidas mitigatórias frente aos alertas que são identificados. O Estado do Espírito Santo e a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, declararam juntar nos processos de contratação os alertas identificados no processo de Due Diligence que realizam. E apenas o Estado do Espírito Santo forneceu dados quanto ao número de licitantes que deixaram de ser contratados fruto da análise de Due Diligence, conforme imagem abaixo.

Estado da Federação	Due Diligence										Alertas			
	Faz	Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021	Vai fazer?	100% / Parcial	Autodeclaração	Quantas geraram medidas mitigadoras			Não / Proc / Mitg / Resp	Geraram a Ñ Contratação		
								Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021		Qt. 2019	Qt. 2020	Qt. 2021
Espirito Santo	Sim	5.138	4.654	5.029	-	100%	Sim	-	-	-	Proc	2.612	2.554	1.644
São Paulo	Não	-	-	-	Sim	-	Sim	-	-	-	-	-	-	-
Minas Gerais	Sim	-	-	-	-	100%	Sim	-	-	-	-	-	-	-
Rio de Janeiro	Não	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
SES do ERJ	Sim	0	0	0	-	Parcial	Não	0	0	0	Proc	0	0	0

Pois bem, rapidamente explicando o que motivou essa pesquisa e esse tema especificamente, nada mais foi, que as notícias que se veiculava na grande mídia, com relação as investigações da Polícia e do Ministério Público , onde ao desvendarem algum crime, uma fraude ou algo similar, envolvendo um fornecedor contratado pela Administração Pública, se percebia que as análises e dados que as investigações tinham identificado como indícios do crime ou de improbidade, eram os mesmos que se identificava na aplicação da Due Diligence no âmbito privado, sendo assim, o raciocínio foi, se era possível prevenir, evitar ou mitigar tais riscos no âmbito Privado, por que não seria possível fazer isso na Administração Pública?

Coincidentemente, logo no começo da Pandemia, estourou a crise da saúde no Rio de Janeiro e logo a mídia começou a divulgar a forma em que as autoridades públicas na cúpula da secretaria de saúde faziam para contratar e garantir o resultado da corrupção, isto é, ocultar, omitir e camuflar diversas informações destes fornecedores, para que eles fossem demonstrados aptos à serem contratados, no entanto, essa foi a parte mais rápida e simples de verificar nas Ações Cíveis Públicas e Portarias, em que o Ministério Público do Rio de Janeiro identificou e atuou para formatar suas denúncias.

E é nesta parte que se deu o aprofundamento nas análises das Ações Cíveis Públicas e Portarias de investigação instauradas pelo Ministério Público , pois a partir delas é que foi possível identificar o modus operandi dos denunciados, isto é, eles forjavam a busca de fornecedores, eles forjavam a seleção do fornecedor e omitiam de que os fornecedores não tinham autorização nos órgãos reguladores, nem qualificação para vender ou prestar os serviços que ali estavam concorrendo. Dos vários indícios demonstrados pelo Ministério Público , alguns deles eram por exemplo que: os endereços informados em seus documentos sociais, não conferiam com o local designado, que o objeto social deles não era compatível com a compra

ou serviço licitado, além claro do fluxo de aprovação dentro da Secretária que foi totalmente alterado em prol do sucesso da corrupção.

Assim, as contratações emergenciais, realizadas pela secretaria de saúde do estado do Rio, para o combate ao covid-19, em que o Ministério Público conseguiu investigar e distribuir as Ações Cíveis Públicas, foram referentes a contratos que tinham gerado o empenho de 278 milhões de reais, destes, o Ministério Público conseguiu anular 109 milhões do seu pagamento, no entanto, 47 milhões já tinham sido pagos e estão sendo discutidos.

Veja abaixo:

Total empenhado	R\$ 278.018.320,00	
Total Pago	R\$ 47.334.420,00	
Total anulado	R\$ 109.390.000,00	
Total de itens dos contratos COVID demandados pelo MPRJ	1.121.300	Total Pago por Item
Ventilador pulmonar	1.300	R\$ 36.922.920,00
Máscaras N95	150.000	R\$ 0,00
Testes para a COVID-19	970.000	R\$ 10.411.500,00
Total de 9 Empresas processadas pelo MPRJ através das ACPs		

Logo, definido o problema, o fato social, passa-se a apresentar a análise e o modelo de Due Diligence prévia a contratação, como ação mitigadora da possibilidade de ocorrências e impactos à Administração Pública, como os efeitos causados pela crise da saúde no Rio.

Então, a pesquisa passou pelos conceitos e origem do controle interno e da Due Diligence, além do Próprio Programa de Integridade na Administração Pública.

Como também, debati a jurisprudência, que inclusive têm decidido e conduzido os conflitos oriundos da Due Diligence em seu favor, isto é, os licitantes obtêm resultados negativos em suas tentativas de vencer os concursos de licitações públicas e justamente em função das avaliações reputacionais que os classificam como alto risco para a Administração, o que automaticamente os colocam em situação de desvantagens perante os demais licitantes. Ou seja, as decisões judiciais que se puderam evidenciar, têm deliberado de forma favorável à Administração, rogando que tais medidas são preventivas e benéficas para a sociedade e portanto, válidas.

Também foi cerne da pesquisa e ponto bastante relevante, a demonstração de que, no processo licitatório de qualquer Administração Pública, a tomada de decisões como: deixar de

contratar, rescindir contratações, impedir a participação de licitantes ou impor medidas preventivas, em função do resultado da aplicação da Due Diligence, está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

E para exemplificar os pontos com relação aos princípios, vale comentar que tanto a Doutrina quanto a jurisprudência, mencionam a Petrobrás como ápice destes debates, pois ela foi inovadora e precursora neste procedimento de Due Diligence, principalmente após a Lava Jato e como demonstrado na pesquisa, a doutrina está debatendo o tema ainda com estranheza, não tendo ainda se quer o Tribunal de Contas da União se manifestado de forma clara e diretamente sobre a Due Diligence I – Due Diligence de Integridade da Petrobrás. E aqui, neste ponto quanto a Petrobrás, é importante destacar, que a única jurisprudência sobre Due Diligence pela Administração Pública, seja direta ou indireta, é referente a Petrobrás, se quer no Espírito Santo, que informou uma quantidade expressiva de não contratação em função do resultado da Due Diligence, foi possível encontrar conflitos judiciais contra o Estado ou suas Secretarias, em função do resultado das Due Diligences aplicadas.

E só para marcar o ponto que se debateu e pesquisou a doutrina para esse tema, é importante ressaltar os Professores Rodrigo Pironti, que fala sobre a possibilidade de limitação do licitante e o seu acesso a licitação, destacar a Professora Mirela Miró que debate o case da Petrobrás e sua exigência de Programa de Integridade, como não, a sua inabilitação no momento da Due Diligence de Integridade, quando o fornecedor não possui o programa integridade. Destacar também, a Professora Fernanda Schramm que é uma defensora da Due Diligence e que fala que tal medida é necessária, pois em primeiro lugar a proteção preventiva, pois é melhor debater sua aplicabilidade antes do licitante entrar do que ter que ser submetido a algum processo legal depois. Não podendo faltar, os pesquisadores Franklin Brasil e Kleberon Roberto, que através de seus estudos de combate a corrupção e em técnicas de detecção de fraude na Administração Pública, demonstraram como aplicar a Due Diligence em licitações públicas através de método de detecção de cartéis e fraude em modelo proativo de investigação por formato de auditoria.

Ademais, um dos pontos mais singulares da pesquisa e que tornam esse trabalho mais intrigante, é quanto a interpretação da nova Lei de Licitações e Contratos com total condução para a aplicação da Due Diligence. Ora, a pesquisa não obteve um resultado convergente, quanto ao encontro de outras pesquisas e doutrinas, no tocante a aplicabilidade ao artigo 169, porém, também não foi divergente, ao contrário, foi possível encontrar outros doutrinadores falando que sim, que a Due Diligence é externada através da Nova Lei de Licitação e Contratos,

porém, por outro artigo da Lei, neste caso, o artigo que fala sobre o Portal de Compras e o seu processo de utilização.

No entanto, um ponto chave neste trabalho e que é importante para distinguir o simples processo de habilitação versus a Due Diligence, é de que a Due Diligence realiza gestão de riscos e aplica matriz de riscos aos alertas, às probabilidades de ocorrências e aos impactos negativos, agora, a habilitação prevista tanto na 8.666 como na 14.133, pura e simples, não, conforme se pode observar nos exemplos práticos, descritos na obra de Franklin Brasil, em seu livro, *Como combater a corrupção em licitações*. Inclusive, a habilitação, de regra, aplicada na Administração Pública, se vale apenas do recebimento da documentação e informações, não havendo checagem e comparação, como o background check faz, como Franklin Brasil também demonstra na sua referida obra.

Agora, quanto a possibilidade de decisões por parte da Administração Pública como:
- deixar de contratar ou até mesmo rescindir contratos; fruto dos resultados de análises das Due Diligences, neste ponto a pesquisa trouxe como referência a autotutela do controle interno, à ser exercida pela Administração Pública. De acordo com a Lei do Processo Administrativo Federal, a Administração Pública tem a autonomia decisória de tomar medidas acautelatórias em caso de risco eminente, ou seja, em função do interesse público, sendo assim, sem a necessidade receber prévia manifestação do Licitante. Em compliance, chamam esta fase de *o encontro de riscos eminentes* ou, como propriamente dito pelo procedimento de Due Diligence, alertas da investigação ou Red-Flags (Alertas de risco).

Comentando agora a respeito do Programa de Integridade, um dos pilares de sustentação do procedimento de Due Diligence, vale ressaltar que sem ele a Due Diligence não se estabelece, ela vira fluxo de papel, como chamam no meio de Compliance, Programas de Prateleira ou de Papel. Portanto, tal ponto é muito importante, pois o modelo de Due Diligence não fará milagre, sem um Programa de Integridade efetivo. Isso é importante destacar, pois no tópico em que a pesquisa apresenta um modelo de Due Diligence, que pode ser aplicado por qualquer administração Pública, está descrito em um de seus *considerandos*, justamente a necessidade de que para a aplicação do procedimento, se faz necessário a existência de um Programa de Integridade.

Ademais, este modelo de Due Diligence, demonstrado e aplicado na pesquisa, é a todo momento demonstrado como uma demanda social, que precisa de medidas de aplicação em forma de Política Pública Anticorrupção, sendo este o formato em que a pesquisa processou e pensou, desde o início de sua concepção.

A pesquisa também detalhou as ações do FTCOVID através das Ações Cíveis Públicas e Portarias de investigação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sem falar no andamento atual das Ações Cíveis Públicas, que foram descritos e analisadas no final da pesquisa. Tal detalhamento retratou o processo e fluxo da fraude, como ela era feita e como o Ministério Público descobriu, além claro, de como o Ministério Público conseguiu parar a fraude, recuperar parte do dinheiro público e os argumentos que utilizou para pedir a prisão da cúpula da Secretária de Saúde.

A análise das ações acima, foram muito importante, pois serviu para demonstrar como a falta de um Programa de Integridade, de um procedimento de Due Diligence, de gestão de riscos e governança, levaram a SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE e ao Governo do Estado a toda a crise que se deu, não que essas medidas de Integridade fossem impedir com que o Secretário de Saúde e o Governador do Estado fizessem o que fizeram e que motivou a prisão e o impeachment, mas, tais gestões de Risco mitigariam, diminuiriam ou atenuaria a probabilidade disso acontecer e, principalmente, os impactos, além disso, como as medidas de gestão de risco direcionam responsabilidades, a ausência dela deve consequentemente gerar a falta de Accountability dos servidores públicos e principalmente das autoridades que ali tomavam as decisões.

Pois bem, finalmente passasse para o teste de hipótese perante as contratações investigadas pelo MP. Nesta etapa restou demonstrado que o modelo de Due Diligence aplicado, trouxe os mesmos resultados que a investigação do MP. Por isso ele é o ponto alto da pesquisa, isto é, a aplicação do modelo Due Diligence idealizado, aplicado aos casos investigados pelo MP, trouxe em seus resultados de análise os mesmos “red flags” (alertas de risco) que o Ministério Público detectou como subsídios de fraude nas contratações processadas, portanto, tais subsídios de fraude já seriam evidentes à época da contratação. Sendo assim, se as contratações investigadas tivessem passado pelo procedimento de Due Diligence, com os red flags detectados e as medidas mitigadoras aplicadas no contrato e na operação, os impactos da crise da saúde de 2020 poderiam ter atenuados ou suavizados. Vejam como exemplo abaixo se enquadra no que se está sendo explicado:

Empresa	Ministério Público	Due diligence	Risco	Justificativa
1ª - Empresa - Exemplo 1 REPRESENTAÇÕES LTDA.	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº xx.xxx.915/0001-67	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 22.xxx.915/0001-67	Baixo	Sem alertas
	com sede à Rua Do xxx, 311, Sala 1004 – Centro da Cidade, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 2023xxxx.	com sede à Rua Do xxx, 311, Sala 1004 – Centro da Cidade, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP xxx1005.	Baixo	Sem alertas
	Objeto da contratação - para a venda de respiradores (ventiladores) destinados ao tratamento de pacientes com COVID-19.	Objeto da contratação - para a venda de respiradores (ventiladores) destinados ao tratamento de pacientes com COVID-19.	Baixo	Sem alertas
	Objeto social - Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática.	Objeto social - Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática.	Médio	O objeto social da empresa é diferente ao objeto da contratação, caso a empresa consiga incluir em seu objeto social CNAE que o enquadre na contratação objeto da licitação o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Capital Social - o valor é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Correspondendo a 0,034% do total da contratação (R\$ 59.400 milhões).	Capital Social - o valor é de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Correspondendo a 0,034% do total da contratação (R\$ 59.400 milhões).	Médio	O capital social da empresa é insuficiente para oferecer garantias e responsabilizações ao contrato, caso a empresa consiga elevar e comprovar seu capital social ou condicionar a contratação a emissão de carta fiança, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Sistema de tributação - Simples nacional - Não Optante Simel. Contribuinte optante do Simples Nacional desde 01/01/2020. Em regra, documentos fiscais emitidos não geram crédito de ICMS.	Médio	O Simples Nacional é p/ Empresas que faturam até 3,6 Mi por ano, como o contrato é de 56 Mi, ela está irregular, caso a empresa consiga comprovar a alteração do seu Sistema de tributação o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Regularidade Fiscal - não consta documentação capaz de comprovar a situação regular fiscal junto à Fazenda Municipal. "Não é possível emitir a certidão. A empresa está inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do RJ ou possui alguma inscrição estadual baixada com pendências."	Médio	A empresa precisa apresentar certidão fiscal negativa de débito ou positiva com efeitos negativos da receita fiscal municipal, estadual e federal, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade juntos as receitas, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Registro de habilitação - ausência de registro na ANVISA.	Registro de habilitação - ausência de registro na ANVISA.	Médio	A empresa precisa apresentar registro válido e ativo, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade junto a ANVISA, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Endereço de registro da sociedade - A sócia MEL, ao ingressar na sociedade, apontou como endereço residencial o apt. 1001 da Rua do xxx 311, o mesmo que AURINDO indicou quando veio a substituí-la na sociedade e sendo o mesmo endereço da sede da xxxxx.	Verificado o endereço no google maps, com referência de 2019, aparentemente é um prédio multifamiliar, residencial, apresentando ser de classe média	Médio	A empresa deve apresentar um endereço comercial válido, com a devida alteração em seu contrato social e cartão de CNPJ, em de acordo com a Legislação, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	<ul style="list-style-type: none"> Análise reputacional da empresa em mídias - Não foi encontrado alertas na internet, antes de 2020 Análise reputacional da empresa em demandas - Não foram encontrados processos judiciais contra, antes de 2020 Análise reputacional dos sócios em mídias - Não foi encontrado alertas na internet, antes de 2020 Análise reputacional dos sócios em demandas - foram encontrados 4 ações judiciais criminais contra o sócio, porém, apenas uma foi antes de 2020, sendo esse referente a um homicídio culposo em acidente de trânsito (Número do processo) xxxxxx-23.2006.8.19.0001. 	Baixo	Sem alertas	

Empresa	Ministério Público	Due diligence	Risco	Justificativa
13ª - Empresa - xxxxxxxxR ASIL SAÚDE,	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 09.xxx.xxx/0001-76.	pessoa jurídica de direito privado inscrito no CNPJ sob o nº 09.xxx.xxx/0001-76.	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	com sede à LOGRADOURO AL xxxxxxx, CEP xxx-000, BAIRRO/DISTRITO CERQUEIRA CESAR, MUNICÍPIO SAO PAULO e UF SP	Baixo	Sem alertas
	Objeto da contratação - construir e administrar 1400 leitos em 7 hospitais de campanha.	Objeto da contratação - construir e administrar 1400 leitos em 7 hospitais de campanha.	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Objeto social - Atividades de atendimento em pronto-socorro e unidades hospitalares para atendimento a urgências	Baixo	Sem alertas
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Capital Social - Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal	Baixo	Sem alertas
	Sistema de tributação - Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal (referência com a mesma nota de rodapé acima).	Sistema de tributação - identificados no site da Receita Federal, sem obs.	Baixo	Sem alertas
	Regularidade Fiscal - Não informado na Portaria nem no site da Receita Federal (referência com a mesma nota de rodapé acima).	Regularidade Fiscal - identificados no site da fazenda do estado em que a organização é sediada. Identificado 3,9 Bi em dívidas fiscais	Médio	A empresa precisa apresentar certidão fiscal negativa de débito ou positiva com efeitos negativos, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade juntos as receitas e órgão fiscais, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	Registro de habilitação - Não informado nas Portarias e na consulta à ANVISA não foi encontrado resultados[78].	Médio	A empresa precisa apresentar registro válido e ativo, caso a empresa consiga comprovar a sua regularidade junto a ANVISA, o risco deste muda para BAIXO, caso ele não consiga ele vai para ALTO
	Endereço de registro da sociedade - Não informado nas Portarias.	Endereço identificado, válido e conferindo	Baixo	Sem alertas
Sem informação nos processos SEI e nas ACPS	<ul style="list-style-type: none"> Análise reputacional da empresa em mídias - Foram encontrados Alertas na internet, antes de 2020. Detectadas diversas reportagens questionando a idoneidade da empresa, com diversas palavras chave como: corrupção, lavagem de dinheiro e etc. Análise reputacional da empresa em demandas - foram encontrado processos judiciais contra, antes de 2020. Análise reputacional dos sócios em mídias - Não foram encontrado Alertas na internet, antes de 2020 Análise reputacional dos sócios em demandas - Não foram encontrado processos judiciais contra, antes de 2020 	Alto	A empresa deve ser notificada para apresentar esclarecimentos no tocante as reportagens identificadas na pesquisa reputacional e respectivo processo administrativo ou judicial que fundamenta as mídias detectadas com palavras chaves como corrupção e fraude associada a sua razão social. Caso a empresa consiga demonstrar sua idoneidade em sua contranotificação, o risco deste Alerta muda para Médio, caso ela não consiga o risco se mantém ALTO	

*os nomes das empresas e de seus representantes foram ocultados para não gerar qualquer conflito de privacidade. No entanto, tais dados se encontram nas Ações Cíveis Públicas mencionadas neste artigo.

A aplicação do modelo de Due Diligence na primeira empresa das 18 (dezoito) investigadas pelo MP, como é possível observar acima no primeiro quadro/tabela, se identifica desde já, alguns alertas de risco que inclusive, não foram detectados pelo Ministério Público em sua investigação, sendo que os demais alertas identificados pelo Ministério Público, também foram identificados pelo modelo de Due Diligence aplicado nesta pesquisa. Vale destacar, que os alertas de risco classificados como Risco Médio pelo modelo de Due Diligence, possuem tal classificação pois os riscos são considerados mitigáveis, no entanto, os riscos

precisam efetivamente ser mitigados pelo licitante, neste sentido, caso o licitante não implemente medidas que mitiguem tais alertas, em de acordo com a análise da Due Diligence, o risco será aumentado para Alto e passa à ser necessário que a aprovação/assinatura da contratação seja realizada pela autoridade hierárquica mais alta do Poder em que se estabelece a concorrência e isso, logo após que a autoridade mais alta do órgão/instituição originária da Licitação, aprovar/assinar a contratação.

Em uma licitação em que a Due Diligence não foi prevista no edital, o modelo de Due Diligence pode ser aplicado de duas formas, ou seja, a primeira seria a de, a autoridade pública responsável pelo órgão/ instituição excluir o licitante da concorrência fruto da classificação do risco como ALTO ou, a segunda, seria a de o licitante seguir na licitação, porém, com o seu risco aumentado para ALTO e necessitando cumprir imediatamente com as medidas de mitigação de risco, conforme explicado acima e isso para que o concorrente simplesmente se mantenha na licitação.

No quadro/ tabela acima, está exemplificado os alertas encontrados em uma Due Diligence modelo de uma empresa que efetivamente foi investigada pelo FTCOVID do Ministério Público e que é bastante conhecida no meio popular e da mídia. Foi dado preferência a essa empresa, para que fosse possível auxiliar no exemplo da pesquisa reputacional do modelo aplicado. Pois bem, como é possível evidenciar, essa empresa possui um vasto histórico reputacional em outras investigações por corrupção e lavagem de dinheiro, o que denota a classificação de risco dela para a classificação ALTO, justamente por não se fazer possível mitigar tais riscos de integridade já que, tais riscos já são inerentes a sua personalidade jurídica, sendo necessário, caso tal empresa seja vencedora, de que a autoridade hierárquica mais alta do processo de contratação, verifique tais riscos levantados e tome a decisão de contratar ou não, como exemplificado nos parágrafos acima, o que exalta a Accountability Administrativa.

A grande relevância desse processo de gestão de riscos, é de que a Administração Pública ao saber com quem está lidando possa desenvolver as medidas contratuais e de controle necessárias para evitar a probabilidade de ocorrências e impactos negativos, além de que, a transferência de autorização da aprovação contratual, como já destacado três vezes acima, inflama a Accountability Administrativa.

Isto é, em resumo geral do trabalho, o objetivo era praticamente comparar os indícios identificados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nas contratações do COVID19, com os “red flags” naturalmente identificados na realização de uma Due Diligence, além de apresentar um modelo de Due Diligence, verificar sua paridade com os princípios da

legalidade e segurança jurídica e se o resultado da Due Diligence poderia motivar decisões da Administração Pública.

O trabalho todo realizado pelo Ministério Público e utilizado nessa pesquisa como delimitador e referência, possui um efeito prático, que foi o de definir quem foi preso, as empresas processadas e o mais importante, quanto em valores monetários o erário público perdeu ou deixou de perder e neste ponto, conforme as investigações das Portarias Implementadas pelo MP, foi pago 338 milhões e anulado 150 milhões reais em contratos investigados, conforme demonstrado no quadro abaixo, já nas Ações Cíveis Públicas, como já demonstrado no quadro dos parágrafos acima, foi pago 47 milhões e anulado 109 milhões de reais, não esquecendo, que dentro das ações judiciais, existem bloqueios de bens pessoais, mas, que ainda não geraram devolução.

Veja abaixo, o quadro das Portarias:

Total empenhado		R\$ 962.353.088,62
Total Pago		R\$ 338.182.001,92
Total anulado		R\$ 150.057.100,00
Total de itens dos contratos COVID demandados pelo MPRJ	20.458.106	Total Pago por Item
Ventilador pulmonar	300	R\$ 9.900.000,00
Medicamentos p/pacientes c/COVID-19	6.006.400	R\$ 21.031.960,96
Máscaras N95	250.000	R\$ 287.346.016,26
EPIs hospitalar	10.230.000	R\$ 12.964.070,70
construir e administrar leitos de hospital	1.400	R\$ 256.532.002,84
Gestão de SAMU	6	R\$ 27.342.467,42
Material hospitalar descartáveis	3.000.000	R\$ 0,00
Testes para a COVID-19	970.000	R\$ 10.411.500,00
Total de 14 Empresas investigadas pelo MPRJ através das Portarias		

Atualmente as demandas judiciais estão em andamento, apenas uma teve sentença, porém, não julgou o mérito e o Ministério Público apelou. As demais continuam com suas tutelas em vigor como, quebras de sigilo e sequestro de bens ainda válidos, mas, ainda estão em fase de provas ou em intimações aos réus.

Portanto, é importante ressaltar que, a grande diferença do que a Administração Pública faz hoje e poderia passar a fazer com a Due Diligence, é basicamente Gestão de Riscos, aplicando-a como um modelo de Política Pública Anticorrupção.

3 Considerações Finais

Inicialmente, vale comentar, sobre a análise de estudo de caso realizada no tocante aos Estados da Federação, especificamente da região sudeste, ou seja, de como eles estão se utilizando do mecanismo de Due Diligence prévia as contratações, como modelo de controle interno. Pois bem, quanto ao Estado do Rio, não será necessário, pois este é o foco aqui, agora, já quanto ao Estado do Espírito Santo, este aparenta possuir maior maturidade com o Compliance Público, tendo além de confirmado a realização da Due Diligence, demonstrado números expressivos da sua rotina, já quanto a Minas Gerais, confirmou que faz, mas, não demonstrou, já, o estado de São Paulo informou ainda não fazer.

Portanto, a pesquisa foi realizada pelo método de observação, onde foi proposto uma hipótese, como exemplo de modelo de Due Diligence prévia, de acordo com o anexo da pesquisa, que cria um modelo de Resolução de CGE fictícia, criado através da captura de experiências do autor e das referências bibliográficas especializadas em Compliance deste trabalho.

Foi realizado também, uma observação normativa para a pesquisa deste artigo, no tocante a análise da Lei 14.133 (Nova Lei de Licitações e Contratos), principalmente, demonstrando como ela têm resolvido a matéria da Due Diligence prévia à contratação e como ela regulou o a sua aplicabilidade, isto é, dentro de sua previsão da gestão de riscos do controle interno, previsto no artigo 169 (Artigo determina que a Administração Pública promova práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo).

Observando a norma, se identificou que ela previu, na sua primeira linha de defesa, que esta seria integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade. Em complemento, a Lei também determinou que seria de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade, fazer na forma de regulamento, a implementação das práticas de gestão de riscos e de controle preventivo, como já comentado acima, além de que, a alta administração deverá optar por medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos e ao mesmo tempo promover resultados vantajosos para a Administração nas contratações públicas.

Ora, a Due Diligence é um regulamento, é uma prática de gestão de riscos e de controle preventivo, que pela sua análise reputacional promove uma relação de Integridade e que seu formato transparente, estabelece uma relação de confiança e segurança jurídica.

Em observância à doutrina, verifica-se que ela tem escrito sobre a viabilidade da Due Diligence previamente à contratação na Administração Pública, porém, na abordagem da controvérsia jurídica, os debates doutrinários atuais, discutem sobre as vertentes contratuais aos seus impactos de impedimento ou limitações em contratar. Dentro deste debate, alguns discursos sustentam que quando o resultado da Due Diligence impede ou limita a participação de licitantes em processos licitatórios, ele está impedindo a devida concorrência e o livre mercado, diferente, dos que defendem o seu resultado que cria o mesmo impacto, apontando que a Due Diligence funcionou como deveria.

Portanto, o problema que envolveu o trabalho e se faz necessário responder com este estudo, é a principal presunção da pesquisa. Sendo assim, ao se fazer a comparação das contratações evidenciadas pelas Ações Cíveis Públicas e Portarias do Ministério Público, com a realização do procedimento de Due Diligence, demonstra-se que a Due Diligence anteciparia os indícios que motivaram o Ministério Público em suas investigações.

Ademais, é importante destacar, que as contratações realizadas pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio para o combate ao COVID19, em que o Ministério Público apontou irregularidades, não passaram pelo procedimento de Due Diligence, não tiveram análise prévia de licitantes, não tiveram análise prévia dos perfis reputacionais dos licitantes nem dos seus sócios, conforme confirmado pela própria Secretaria de Saúde do Estado do Rio. Como também não passaram pelos respectivos processamentos, julgamento e habilitação ao processo licitatório.

A aplicação do procedimento de Due Diligence Público, está em paridade com o princípio da legalidade, pois seu maior objetivo é com que a Administração Pública observe os ditames que a Lei determinou para o processo de Licitações e Contratos, ou seja, como demonstrado nos tópicos de reconhecimento da Due Diligence, na Lei 8.666 e na 14.133 (Leis de Licitações), a gestão de riscos, o controle prévio, a qualificação, o julgamento, a habilitação e demais fases prévias a contratação na Administração Pública, são representatividades do procedimento de Due Diligence, ademais, para aqueles que não creem que a análise reputacional esteja prevista nas leis, é só lembrar de todos os momentos em que elas tratam da idoneidade na contratação ou na licitação.

Não podendo deixar de mencionar, que como explicado no decorrer deste trabalho, a aplicação do Procedimento de Due Diligence, deve ser precedido da sua previsão legal junto ao

edital da licitação e através de normativa infralegal própria para o processo, sendo assim, de forma bem transparente quanto as condições de escolha do licitante, aplicando-se assim o devido processo legal. Ademais, um ponto muito forte do modelo aqui sugerido é que este em nenhum momento indica a eliminação do licitante ou da licitação, não indo assim de encontro a qualquer fator que prejudique a concorrência.

Complementa-se, que a aplicação do procedimento de Due Diligence, no processo licitatório de qualquer Administração Pública, como em função dele, a tomada de decisões quanto a deixar de contratar ou rescindir contratações e até mesmo impedir a participação de licitantes em concorrências, está em paridade com os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Em complemento ao que a Política Pública anticorrupção de Due Diligence cria, vale frisar, que a absoluta legalidade transformaria inexecutável o aprimoramento da licitação e contratação pela Administração Pública, portanto, a lei geral veio estabelecer demarcações genéricas onde a Administração precisará determinar as condições complementares, como inclusive a Due Diligence.

A aplicação do procedimento de Due Diligence, também está em paridade com o princípio da segurança jurídica, pois tal princípio, busca garantir que as expectativas do licitante não sejam frustradas, como se fosse uma proibição ao comportamento contraditório. Portanto, aplicado o procedimento de Due Diligence, previsto em edital, com suas regras claras e transparentes, disponíveis previamente e de forma pública, a expectativa para o Licitante é plena, o que já não se pode dizer a mesma coisa para a Administração Pública, onde aqueles licitantes que não conseguirem se habilitar ou que tiverem sua análise reputacional com classificação de risco ALTO, passariam então a frustrar a Administração.

O Governo do Estado do Rio, possuía um Programa de Integridade regulamentado e promulgado, à época da crise na saúde do Estado do Rio e das contratações que ensejaram as investigações do Ministério Público, porém, no 1º semestre de 2020, não estava implementado nem em prática, conforme demonstrado na pesquisa.

Já, no tocante a jurisprudência, verificou-se que esta têm decidido e conduzido os conflitos oriundos das decisões tomadas em função dos resultados da Due Diligence, de forma favorável a quem as aplica. Neste ponto, a pesquisa evidenciou, que a jurisprudência atual tem trabalhado bastante em função da Petrobras e o seu sistema de Due Diligence de Integridade, além de que, o próprio Judiciário tem decidido amplamente à favor da Petrobrás, inclusive ratificando as decisões da Estatal. Uma única ressalva, é que algumas decisões destacam quanto a falta de transparência do critério e metodologia de GRI da Petroleira, ou seja, de que o Grau

de Riscos de Integridade não é claro quanto a definição dos seus critérios para classificação dos respectivos fornecedores, o que não pode ocorrer neste modelo sugerido por esta pesquisa, pois os critérios precisam ser sempre claros e precisos, principalmente para o cumprimento do princípio da Segurança Jurídica.

Conforme demonstrado em tópicos anteriores, a aplicação em forma de teste, da Due Diligence, aos casos investigados pelo MP, no escopo deste trabalho, mostrou que os ALERTAS ou “red flags” daquelas contratações, já eram evidentes à época, portanto, se as medidas de gestão de risco da Due Diligence tivessem sido aplicadas ao processo licitatório à época, provavelmente tais contratações não teriam sido realizadas.

O que se concluí, é que o controle interno efetivo e com gestão de riscos é a solução para a Administração Pública mitigar suas perdas com fraude em contratações. Sendo assim, a aplicação de um modelo de Due Diligence prévia à contratação como Política Pública Anticorrupção, mudaria a forma de enxergar a integridade na Administração Pública.

4 Referências bibliográficas

ALEGRETTI, S., outubro 2021.

ARRETCHE, Marta. Acessado em 22.03.2022.

ALVES, Cristina Jesus da Rocha. 2019.

BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. 2019.

BENSINGER, Ken. 2019.

BORGES, João. Acessado em 22.03.2022.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro; ALCÂNTARA. Marcus Vinícius Reis de. Acesso em 08/01/2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. 2021.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. 2019.

CERPA, Alexandre da Cunha. 2016.

DANTAS, Paulo Henrique Spirandeli; CORREIA, Bianca Soares Silva. Acessado em 22.03.2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia. 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. 1984.

FACCI, Lucio Picanço. 2011.

FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. 2014.

FRANCO, Isabel. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. 2021.

FTCOVID-19/MPRJ. 07/04/2020.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. 2010.

LAMBOY, Christian K. de (Coord.). 2018.

MACIEL, Ricardo; SEYR, Isabela. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2015.

OCDE. 2011.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO.
Acessado em 22.03.2022.

OLIVEIRA, Samuel Menezes. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. 2022.

OLIVEIRA FILHO, Eduardo Langoni de. 2020.

ROST, Maria Augusta; TONIN, Mayara Gasparoto. Acessado em 22.03.2022.

SADDY, André. 2022.

SALOMÃO, Luiz Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coords.). 2020.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. 2020.

SARAI, Leandro; CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. 2021.

SCHRAMM, Fernanda Santos. 2019.

SECCHI, Leonardo, 2019.

SEVENIUS, ROBERT. 2007.

SHUTTER, O. et al., December 2012.

SOUZA, Celina. Acessado em 22.03.2022.

SOUZA, Fernanda Nunes Lana e. ago.-dez. 2020.

TALEB, Nassim Nicholas. 2020.

TERGOLINO, Gustavo Ribeiro. abr./jun. 2022.

VERÍSSIMO, Carla. 2017.

ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Piront Aguirre de. 2020.