



O PROGRAMA DE COMPLIANCE NA AFERIÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA NAS CONTRATAÇÕES DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS

Giovanni Marschner Soares

Giovanni Marschner Soares

**O PROGRAMA DE *COMPLIANCE* NA
AFERIÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA
NAS CONTRATAÇÕES DE EMPRESAS
TERCEIRIZADAS**

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2021

Copyright © Editora Metrics

Imagens da capa: Pixabay

Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

S676p Soares, Giovanni Marschner

O programa de Compliance na aferição da capacidade econômica nas contratações de empresas terceirizadas / Giovanni Marschner Soares. - Santo Ângelo : Metrics, 2021.

158 p. ; 21 cm

ISBN 978-65-993309-1-9

DOI 10.46550/978-65-993309-1-9

1. Terceirização. 2. Programa de Compliance. I. Título

CDU: 005.961:005.914.3

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

2021

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Editora Metrics

Todos os direitos desta edição reservados pela Editora Metrics

Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

<https://editorametrics.com.br>

Conselho Editorial

- Dr^a. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba
 Dr^a. Célia Zeri de Oliveira
 Dr. Charley Teixeira Chaves
 Dr. Douglas Verbicario Soares
 Dr. Eder John Scheid
Dr. Fernando de Oliveira Leão
 Dr. Glaucio Bezerra Brandão
 Dr. Gonzalo Salerno
 Dr^a. Helena Maria Ferreira
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana
 Dr. Jenerton Arlan Schütz
 Dr. Jorge Luis Ordelin Font
 Dr. Luiz Augusto Passos
 Dr. Manuel Becerra Ramirez
 Dr. Marcio Doro
 Dr. Marcio Flávio Ruaro
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral
Dr^a. Marta Carolina Gimenez Pereira
 Dr^a. Mércia Cardoso de Souza
 Dr. Milton César Gerhardt
 Dr. Muriel Figueredo Franco
 Dr. Ramon de Freitas Santos
 Dr. Rafael J. Pérez Miranda
 Dr. Regilson Maciel Borges
 Dr. Ricardo Luis dos Santos
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz
 Dr^a. Rosângela Angelin
 Dr^a. Salete Oro Boff
 Dr^a. Vanessa Rocha Ferreira
 Dr. Vantoir Roberto Brancher
Dr^a. Waldimeiry Corrêa da Silva
- URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
UFPA, Belém, PA, Brasil
PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
UZH, Zuriique, Suíça
IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
UFRN, Natal, RN, Brasil
UNCA, Catamarca, Argentina
UFPA, Lavras, MG, Brasil
UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
CIESS, Cidade do México, México
UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
UNAM, Cidade do México, México
USJT, São Paulo, SP, Brasil
IFPR, Palmas, PR, Brasil
IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
UFBA, Salvador, BA, Brasil
ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
UZH, Zuriique, Suíça
IFTO, Araguaína, TO, Brasil
UAM, Cidade do México, México
UFPA, Lavras, MG, Brasil
IFRS, Vacaria, RS, Brasil
UFPA, Belém, PA, Brasil
URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
IMED, Passo Fundo, RS, Brasil
CESUPA, Belém, PA, Brasil
IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

*Existem momentos na vida onde a questão de saber se se
pode pensar diferentemente do que se pensa, e perceber
diferentemente do que se vê, é indispensável para
continuar a olhar e a refletir*

(Michel Foucault)



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
------------------	----

Capítulo 1

CONCEITO DE PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	17
1.1 Pilares que integram o Programa de <i>Compliance</i>	22
1.1.1 Conceito de compliance risk assessment	41
1.1.2 Governança corporativa.....	44
1.2 Legislação internacional e a gênese do Programa de compliance	50
1.3 Programa de <i>compliance</i> no ordenamento jurídico brasileiro	53

Capítulo 2

CONCEITO DOUTRINÁRIO DE TERCEIRIZAÇÃO	63
2.1 Breves críticas ao fenômeno da terceirização	67
2.2 Requisitos de funcionamento das empresas prestadoras de serviços terceirizados.....	71
2.2.1 Diferença entre capital social e patrimônio líquido	75

Capítulo 3

REQUISITO DA CAPACIDADE ECONÔMICA COMPATÍVEL COM A EXECUÇÃO DO CONTRATO	79
3.1 Diferença entre os requisitos de validade e de funcionamento	90

3.2 Nulidade do contrato de prestação de serviços em razão do vício no plano da validade	92
--	----

Capítulo 4

<i>DUE DILIGENCE</i> E A IMPORTÂNCIA DAS AUDITORIAS EM UM PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	107
---	-----

4.1 Fase pré-contratual e o papel desempenhado pela due diligence de terceiros	109
--	-----

4.1.1 A verificação quanto a regularidade societária, jurídica e de mercado.....	114
--	-----

4.2 A verificação periódica quanto à capacidade econômica e o capital social mínimo durante a vigência do contrato por meio da <i>due diligence</i>	118
---	-----

4.3 Cláusulas de condições preambulares, específicas e gerais em um contrato de prestação de serviços terceirizados	123
---	-----

4.3.1 Cláusulas mitigatórias de potenciais riscos	130
---	-----

4.4 Precauções a serem tomadas pela empresa contratante em face do fenômeno da quarteirização	140
---	-----

CONCLUSÃO	145
-----------------	-----

REFERÊNCIAS	149
-------------------	-----



INTRODUÇÃO

O presente trabalho justifica-se em razão da necessidade de esclarecimento acerca do requisito de validade dos contratos civis de terceirização de serviços e os reflexos de sua inobservância, uma vez que a Lei n. 6.019/1974 fora alterada pela Lei n. 13.429 e pela Lei n. 13.467, ambas de 2017, sendo positivado e regulamentado pela primeira vez no país o fenômeno da Terceirização. Por sua vez, percebe-se que o Brasil tem se inspirado em modelos internacionais de programas de *compliance*, sobretudo porque o parlamento pátrio tem editado normas jurídicas que versam expressamente acerca da importância desses programas, a fim de se evitar atos ilícitos em desfavor da administração pública.

O principal objetivo do programa de *compliance* é a mitigação de riscos pelos quais a Organização que o adote possa enfrentar, logo, verifica-se que as alterações dadas à Lei 6.019/1974 trazem em seu bojo potenciais riscos às empresas tomadoras de serviços, visto que há novos requisitos a serem observados nesse tipo de contratação e ausência de esclarecimentos por parte do legislador infraconstitucional e da jurisprudência quanto ao tema. Há pilares intrinsecamente ligados ao programa de *compliance* e que servem como ferramentas de mitigação e erradicação de prejuízos, portanto, muito mais do que analisar apenas o requisito de validade dos contratos de terceirização, o programa deve se ater aos demais riscos que circundam esse tipo de contratação, razão pela qual não se poderia deixar de trazer à baila cláusulas mitigadoras de riscos em potencial que facilitem a celebração da contratação de serviços terceirizados por parte de empresas que já tenham implementado o programa, ou estejam implementando-o.

A temática explorada, portanto, diz respeito aos aspectos relacionados aos requisitos de validade contratual e de funcionamento das pessoas jurídicas prestadoras de serviços, contudo, salienta-se que a pesquisa não analisará, nem se aprofundará em conceitos contábeis. Além disso, buscou-se, por meio do programa de *compliance*, erigir cláusulas mitigadoras de riscos atinentes à

terceirização, bem como demonstrar quais os pilares que devem ser utilizados previamente à contratação e durante a sua vigência.

O Objetivo geral da presente pesquisa é: identificar os requisitos de validade e de funcionamento exigidos pelo legislador, apresentando os possíveis riscos à empresa tomadora de serviços em decorrência da inobservância destes, além demonstrar como o programa de *compliance* pode ser útil na mitigação destes e de potenciais riscos.

Para tanto, delinea-se os seguintes objetivos específicos: demonstrar como o pilar da *due diligence* pode ser aplicado durante as tratativas de entabulamento do negócio jurídico, bem como durante toda sua vigência; apresentar as principais características que constituem os requisitos de funcionamento e de validade contratual, traçando as consequências da sua inobservância e apresentar cláusulas que possuem o condão de mitigar os riscos de *compliance* envolvidos no processo de contratação de prestação de serviços terceirizados

Sendo assim, parte-se da hipótese da indefinição do requisito da capacidade econômica, bem como a importância do uso do programa de *compliance* quanto à aferição dos requisitos traçados em lei e a estipulação de cláusulas capazes de afastar riscos que exsurtem nessa modalidade de contratação.

Quanto à metodologia científica, trata-se de uma pesquisa explicativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo com finalidade básica estratégica com abordagem qualitativa e o procedimento adotado é o bibliográfico-documental, pois conta com o auxílio de doutrina, legislação, normas técnicas e enunciados pertinentes à matéria.

O primeiro capítulo versará acerca do conceito de programa de *compliance*, os pilares que o integram, as normas em âmbito internacional que inspiraram o ordenamento jurídico brasileiro na adoção do programa, bem como as normas jurídicas brasileiras sobre o tema.

No segundo capítulo será analisado o conceito de terceirização, expondo-se breves críticas ao fenômeno. Verificar-se-

ão os requisitos de funcionamento da pessoa jurídica prestadora de serviços e a diferença entre capital social e patrimônio líquido.

O terceiro capítulo será voltado ao requisito da capacidade econômica e compatibilidade com a execução da avença, cotejando-se as diferenças entre os requisitos de validade contratual e de funcionamento das empresas terceirizadas funcionamento. Ainda, dedicar-se-á a explicação das razões que levam à declaração de nulidade contratual e os efeitos gerados por esta.

Por fim, no quarto capítulo, verificar-se-á a importância do pilar da *due diligence* periódica e de terceiros, bem como a verificação feita por este pilar no que concerne à regularidade de mercado, societária, jurídica da *stakeholder*, bem como a aferição periódica dos requisitos de validade contratual e de funcionamento desta. Por último serão verificadas cláusulas preambulares, específicas, gerais e mitigatórias de potenciais riscos advindos da contratação, assim como as precauções que a empresa tomadora de serviços deve ter em face do fenômeno da quarteirização.

Capítulo 1

CONCEITO DE PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

A expressão “*compliance*” tem sua origem no verbo inglês “*to comply*” que significa estar de acordo, satisfazer o que lhe foi imposto, agir em conformidade com algo que lhe foi imposto. Para estar em *compliance* a empresa que aderir ao programa deve estar de acordo não apenas com a legislação vigente, atos normativos dos órgãos reguladores, cumprir regras, cumprir regulamentos externos, mas também cumprir com seus próprios regulamentos internos; todos esses fatores devem estar alinhados com o escopo¹ traçado de acordo com as especificidades da Organização².

Estar em *compliance* significa que a pessoa jurídica deve cumprir impreterivelmente e exaustivamente as normas e obrigações inerentes ao correto desenvolvimento da atividade empresarial com o a finalidade de gerir os riscos no intuito de mitigá-los ou os sanar, se possível for, fazendo-se assim com que haja um afastamento de toda e qualquer conduta antiética, ímproba, imoral, desleal, ilegal e priorizando sempre a transparência no intuito de corroborar com a concretização de prejuízos tangíveis e intangíveis. Nesse sentido, Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior asseguram que: “Significa dizer que uma Organização (seja ela qual for), ao optar pela via da integridade, deverá estar em *compliance*, isto é, comprometer-se perante os sócios, funcionários e a sociedade”³.

1 Escopo, i. e., conjunto de orientações, identificação de direitos e deveres a serem observados pelos sócios, empregados e stakeholders, bem como o processo de desenvolvimento e implementação, checagem de informações e manutenção da gestão de compliance, de acordo com a ISO 19600:2014 (E).

2 Organização, i. e., a terminologia relacionada a uma pessoa ou a um grupo de pessoas que possuam responsabilidades, autoridade e assumam suas próprias funções para atingir os objetivos traçados, nos termos da ISO 19600:2014(E).

3 CARNEIRO, Claudio et al. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 51.

Outrossim, a estruturação de um programa de *compliance* leva inexoravelmente em consideração todas as características da pessoa jurídica adotante e os riscos envolvidos. Ademir de Souza Pereira Junior esclarece que o *compliance* deve ser entendido como “um sistema de medidas para assegurar que a empresa pratique as suas atividades em conformidade com as regras que a ela são aplicáveis, tanto nas situações em que pratica os atos por si, quanto nas situações em que contrata terceiros para fazê-lo.”⁴ Logo, verifica-se que o programa deve atingir não apenas a empresa que o adotou, assim como todos aqueles que de alguma maneira possuem relação com esta.

É bem verdade que o Decreto nº 8.420/2015 que regulamenta a Lei Anticorrupção prevê em seu bojo alguns parâmetros avaliativos comuns a todos os programas de integridade tais como canais de denúncia, código de ética, treinamentos periódicos, dentre outros parâmetros a serem observados, nos termos do art. 42 do supracitado decreto e alguns são utilizados nos programas de *compliance*. Contudo, faz-se necessário apontar as distinções traçadas pela doutrina especializada, no que diz respeito aos programas de integridade e os programas de *compliance*, pois enquanto aquele é considerado um programa de *compliance* específico voltado à detecção, prevenção e remediação de atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, previstos na Lei Anticorrupção, os programas de *compliance*, em regra, possuem características mais abrangentes, não se limitando à esfera penal. A Controladoria-Geral da União (CGU) inclusive disponibiliza um guia de contendo as diretrizes a serem adotadas por pessoas jurídicas de direito privado e determina que a razão de ser dos programas de integridade:

[...] verifica-se que o Programa de Integridade tem como foco medidas anticorrupção adotadas pela empresa, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira previstos na Lei nº 12.846/2013. Empresas que já possuem

4 CARVALHO, Zenaide et al. **Compliance trabalhista**: práticas, riscos e atualidades. Goiânia: Editora BSSP, 2019. p. 13.

programa de compliance, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas ao programa já existente.⁵

Ainda, a portaria nº 909/2015 da CGU⁶ dispõe acerca da avaliação de programa de integridade de pessoas jurídicas. O texto traz em seu bojo uma série de requisitos impostos às pessoas jurídicas, tais como apresentação de relatórios, a estrutura do programa de integridade e atribuições de pessoas e comissões internas.

Independentemente do tipo de programa a serem implementados, todos possuem características em comum tais como mitigar riscos, zelar pela imagem da pessoa jurídica implementadora, agregando valor frente o mercado em que atua. Na mesma esteira, Marina Grimaldi de Castro afirma que a implementação de um programa de *compliance* é benéfico e acaba por reverberar positivamente por toda a empresa que o adota, pois agrega valor, é capaz de aumentar a cartela de clientes e há maior comprometimento por parte dos empregados, além de se poderem gerir os riscos:

A adoção de um programa de compliance reflete positivamente na reputação que as sociedades empresárias constroem ao longo de seus anos de existência, fortalece suas marcas e aumenta sua capacidade de atrair e fidelizar clientes, investidores e parceiros. Até mesmo os empregados dessas organizações são positivamente atingidos, uma vez que se envolvem e se comprometem mais com as atividades por eles desempenhadas na organização, são incentivados a agirem corretamente, além de trabalharem mais satisfeitos e de forma mais produtiva. Tudo isso tende a refletir numa melhor avaliação da sociedade empresária pelo mercado, aumentando o seu valor, devido aos

5 BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Programa de integridade:** diretrizes para empresas privadas. [S.l.: s.n], [s.d]. E-book. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/banners-da-home/copy_of_bannerguiadeintegridade.png/view. Acesso em: 26 abr. 2020. p. 6.

6 BRASIL. **Portaria nº 909, de 07 de abril de 2015.** Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União. [2015]. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/34001>. Acesso em: 26 abr. 2020.

positivos fatores intangíveis apresentados.⁷

Destaca-se que adoção de um programa de *compliance* muito mais do que identificar e mitigar riscos ensejando maior segurança aos sócios, parceiros contratuais e, sendo o caso, investidores, impacta na cultura da empresa como um todo. De todo modo, os empregados possuem um grande protagonismo, uma vez que são constantemente treinados para garantir sua efetividade e instigados e denunciarem toda e qualquer prática de ilícitos em canais próprios, fazendo-se assim com que o controle se dê de forma ininterrupta, a fim de que as diretrizes traçadas pelo programa sejam respeitadas, bem como os valores estabelecidos. Nesse sentido, Beatriz Angela Gimenez Costa aduz que: “é fundamental que se tenha Políticas/ Procedimentos claros de como funcionarão as Investigações internas da empresa, bem como treinamentos sobre valores da empresa, dando clareza aos empregados sobre os referidos valores.”⁸

Ainda, a implementação do programa auxilia na tomada de decisões a que os responsáveis pela sociedade empresária devem tomar, uma vez que os mecanismos de controles internos são capazes de detectar antecipadamente não apenas os riscos que envolvem o setor de atuação, bem como os riscos regulatórios e legais, bem como auxilia a identificação de riscos envolvendo a contratação de terceiros. Sabrina Neron e Luiza Cesar Portella salientam que todas as pessoas jurídicas que possuam algum elo contratual devem estar alinhadas com os padrões exigidos pelo programa:

A importância também se percebe quando analisada toda uma cadeia de produção. Nesse caso, é altamente necessário que o fornecedor, produtor, distribuidor, revendedor estejam alinhados, trabalhem em conjunto e sigam os mesmos padrões. Tal medida é fundamental para a formação de uma cadeia bem estruturada e saudável, vez que um fornecedor, um distribuidor, ou até mesmo um produtor que não segue os

7 DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 172-173.

8 KLEINDIENST, Ana Cristina. **Grandes temas do direito brasileiro: compliance**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935178/pageid/20>. Acesso em: 10 out. 2019.

padrões desejáveis pode causar prejuízos a todos os envolvidos no processo.⁹

Oportuno destacar o papel que possui o *compliance officer* no programa visto que este possui autonomia e não deve figurar como mero implementador dos pilares, pois sua atuação é de condução dos processos, razão pela qual não deve temer as pessoas e funcionários que possuam os mais altos cargos na Organização, visto que sua função é de um verdadeiro líder. Nesse sentido, Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior destacam que:

Não existe a possibilidade de um *compliance officer* incompetente, inoperante ou submisso. Ele deve ser um líder, com projetos e soluções, apontando o caminho para a Organização. Ele não é o presidente da empresa, não pertence a Alta Direção, mas sua opinião deve ser ouvida, respeitada e aplicada.¹⁰

Nesta mesma esteira, Mark Weber parece compartilhar do mesmo entendimento visto afirmar que a empresa deve designar um *compliance officer* responsável, com plena autoridade e capaz de tomar as decisões cruciais acerca do programa.¹¹

Ratifica-se, portanto, a importância de se manter relações contratuais com empresas que efetivamente estejam dispostas a seguirem os padrões concernentes à eticidade, à transparência e à boa-fé nas contratações, a fim de serem reduzidos potenciais riscos e prejuízos. Por fim, conclui-se que adoção de um programa de *compliance* culmina em ganhos não só de ordem econômica para a sociedade empresária e para a sociedade em geral, visto que estar em *compliance* significa compromisso com a regularidade nos mais variados âmbitos.

9 LAMY, Eduardo (Org.). **Compliance: aspectos polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 219.

10 CARNEIRO, Claudio et al. **Compliance e boa governança: pública e privada**. Curitiba: Juruá, 2018. P. 73.

11 WEBER, Mark. **Compliance e responsabilidade empresarial: medidas anticorrupção à luz dos sistemas jurídicos do Brasil e dos estados Unidos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 59.

1.1 Pilares que integram o Programa de *Compliance*

O programa de *compliance* é composto por pilares cuja finalidade é a de servirem de alicerces para o sucesso do programa, tornando-o mais harmônico, devendo ser observados por todos aqueles interessados no processo. Para tanto, não basta o estabelecimento de uma política a ser respeitada pela empresa no âmbito do programa de *compliance*, mas se deve diariamente pô-la em prática.

O primeiro pilar a ser observado é o do Comprometimento da Alta Direção, tratando-se do engajamento inescusável de todos aqueles que ocupem altos cargos na empresa. Isto é, incumbe à alta direção ser o maior exemplo de conduta ética, prova, bem como respeitar as regras para que haja a disseminação da Cultura do *Compliance* por meio de comunicação e interação com os empregados, a fim de que todos os demais interessados se sintam motivados e inspirados pelo novo cenário apresentado pelo programa. De acordo com Danielle Pinheiro Diógenes Lima, este pilar pode ser resumido da seguinte forma:

A alta administração, entre outras coisas, deve conhecer e supervisionar o conteúdo e forma de operação de seu programa de *compliance*; definir um responsável capacitado pela operação rotineira e pela efetividade do programa; definir e alocar recursos adequados e suficientes para a operação do programa; [...].¹²

Logo é indispensável que todos aqueles que ocupem altos cargos sejam o exemplo, no que diz respeito à cultura do *compliance* a ser adota pela Organização. Nesse mesmo diapasão Vanessa Rocha Ferreira, Fabrício Vasconcelos de Oliveira e Amanda Maia Ramalho afirmam que “[...] sem o consentimento da alta administração com projeto, de nada adianta, porquanto o exemplo destes faz parte da alteração da cultura ora estabelecida.”¹³. Ainda, a alta administração deve ser atuante, isto é, deve interagir com

12 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 53.

13 DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 184.

os profissionais responsáveis pelas auditorias, controles internos e monitoramento, *compliance officer*, bem como participar dos treinamentos periódicos.

O *Risk Assessment* ou Avaliação de Riscos é o segundo pilar e consiste em identificar os riscos cujos impactos negativos podem vir a prejudicar os objetivos traçados pela empresa. A análise necessita ser feita de forma pormenorizada, a fim de que se estabeleçam antecipadamente quais são os riscos, seus fatores e quais as medidas práticas a serem adotadas como estratégias de mitigação, controle ou extinção. Everson Luiz Breda Carlin sintetiza o pilar, ora abordado, da seguinte maneira:

Avaliação de risco procura identificar, entre outros pontos importantes, quais seriam as ameaças e oportunidades na busca dos objetivos da empresa, ações de proteção do capital investido, formas de se evitar perdas financeiras, avaliação das probabilidades de que as ameaças possam se materializar em perdas efetivas.¹⁴

Os riscos de *compliance* atentam frontalmente contra os objetivos da Organização e podem ser considerados eventos potenciais, isto é, há casos em que não se pode ter certeza de sua existência. Muito embora alguns riscos e seus fatores sejam inerentes ao próprio negócio explorado pela empresa, a sua mensuração antecipada faz com que se possa estabelecer um controle e garantir o convívio estável com estes, uma vez que não se pode eliminá-los. O autor supramencionado adverte que o ato de empreender carrega consigo cargas de riscos, razão pela qual as elaborações de mecanismos de mitigação de contingências são úteis:

O risco faz parte da vida das pessoas e das organizações. Empreender já é um risco, e todas as decisões que tomamos no presente produzirá algum efeito no futuro, isto serve também para as empresas. No mundo dos negócios, toda e qualquer ação traz consigo alguma carga de risco, por isto torna-se fundamental as empresas aprenderem a conviver com o risco que fazem parte de suas atividades e do meio

14 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações:** do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79.

que se relacionam, pois eles sempre existirão e não podem ser totalmente eliminados em suas atividades. Em função disto, torna-se fator de sucesso ou fracasso para as empresas conseguir criar mecanismos de avaliação de riscos, visando reduzir a possibilidade da ocorrência de prejuízos com perdas operacionais.¹⁵

Pode-se perceber que a adoção de ferramentas que visem analisar riscos é de suma importância em um programa de *compliance*, pois são capazes de monitorar detalhadamente os riscos, propriamente ditos, e seus fatores que por vezes podem passar despercebidos no cotidiano da empresa, mas que carregam consigo uma grande potencialidade de acarretar não apenas prejuízos financeiros, mas, sobretudo, à imagem da empresa frente ao mercado e à sociedade em geral.

Os Códigos de Conduta e Políticas de *Compliance* visam dar definição aos valores e filosofia da Organização, bem como aos princípios basilares a serem respeitados, a fim de consolidar a cultura do *compliance*. Na visão de Vanessa Rocha Ferreira, Fabrício Vasconcelos de Oliveira e Amanda Maia Ramalho, a cultura do *compliance* fortalece o sistema de gestão de pessoas, além de possuir o condão de minimizar eventuais sanções em razão de descumprimento de normas emanadas pelo poder público e acaba por proteger a reputação da sociedade empresária frente aos *stakeholders* acarretando numa maior credibilidade¹⁶.

Igualmente, tem o intuito de prever as sanções a que os empregados e demais interessados submeter-se-ão, caso violem as diretrizes estabelecidas no código, tais como regras e verificação de condutas comissivas ou omissivas com reflexos no âmbito legal. Convém mencionar que todos devem observar o código de conduta, seja o empregado, seja, também, aquele que ocupe o mais alto cargo na Organização, uma vez que o documento orientará as condutas, tratando-se de um verdadeiro alicerce normativo.

15 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações**: do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá, 2017.p. 73.

16 DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 184.

Nesse sentido, vale ressaltar o entendimento de Danielle Pinheiro Diógenes Lima:

O "Código de Conduta e políticas de *compliance*" pode ser considerado o alicerce normativo do programa, pois estabelece os direitos e obrigações dos diretores da empresa, dos gerentes, dos funcionários, dos agentes dos parceiros comerciais. Funciona como uma bússola que guia as decisões de toda a corporação, em especial a alta administração.¹⁷

Para que não seja considerado um documento obsoleto, prioriza-se a facilidade na compreensão de seu texto, isto é, a sua linguagem deve ser clara, objetiva e acessível a todos, e, ainda, ser constantemente revisado. Além disto, deve-se dar publicidade ao seu texto em meio impresso ou digital, destacando-se a importância de sua observância para que haja eficiência e coesão dos objetivos empresariais. É o que destaca Anaruez Mathies:

[...] para que o código de conduta seja efetivo e deixe de ser documento de mera intenção, é necessário que, entre outras características, tenha diretrizes justificadas e que estejam sujeitas a constante revisão, e, além disso, tenham linguagem de fácil compreensão, de forma a atingir todos os parceiros da empresa.¹⁸

Eduardo Saad-Diniz afirma que os códigos internos devem primar pela educação executiva, moralidade e consequencialismo, sintetizando o pilar em comento da seguinte forma:

A partir dos códigos corporativos e dos manuais de *compliance*, há uma série de possibilidades a serem exploradas pela educação executiva. Antes de tudo, desenvolver a imaginação moral em torno da concepção do propósito da empresa. Depois, pode elaborar conteúdo destinado ao debate sobre proibição/ permissão de comportamentos, níveis toleráveis e intoleráveis de comportamento arriscado natureza e consequências dos mecanismos sancionatórios, e, acima de tudo, avaliação do impacto das infrações econômicas ou éticas no âmbito corporativo. Não é necessária maior sofisticação ao manual de

17 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55.

18 MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018. p. 151.

compliance, basta que se exercite a capacidade de informar com clareza e objetividade, de tal forma que todos os empregados e *stakeholders* possam ter acesso, compreendê-lo e levá-lo às práticas cotidianas da empresa.¹⁹

Mais do que um código que estabeleça o comportamento esperado pelos agentes e as sanções cabíveis em caso de violação de seus termos, o documento serve de fonte de inspiração para que todos os interessados, gestores, empregados e *stakeholders* absorvam a cultura do *compliance*. Para Guilherme Lopes Felício, ao buscar a implementação de uma cultura, esta deve ser prescrita, sobretudo por intermédio de códigos de ética e de conduta que serão como documentos orientadores para todos os que integrem a Organização²⁰. Em tempo, cumpre observar que os *stakeholders* são pessoas ou grupos de pessoas que investem na empresa, possuam algum vínculo contratual, acionário ou algum tipo de participação.

Nesta mesma esteira, Eduarda Dias de Moura Alves explica que a partir da crise iniciada em 2008 nos Estados Unidos da América as Organizações precisaram se reinventar e, para isso, buscaram métodos de inserção dos seus empregados como sujeitos responsáveis por parcela do atingimento dos objetivos organizacionais. Segundo a autora, tal prática é denominada como *Endoacting* e pode ser sintetizada como uma ferramenta de gestão de pessoas cujo objetivo principal é a motivação de equipes, a participação ativa dos empregados, fazendo com que estes se sintam peça absolutamente fundamental dos processos organizacionais. Mas, não basta a implementação de um Código de Conduta para que se evitem condutas indesejadas, ilegais ou abusivas no ambiente Organizacional. Para Lélío Lauretti e Adriana de Andrade Solé, o Código de Conduta deve se voltar para as expectativas e até mesmo emoções dos envolvidos, dando um sentido desafio não apenas funcional, mas, sobretudo, pessoal²¹.

19 SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 169.

20 FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance**: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 153.

21 LAURETTI, Lélío; SOLÉ, Adriana de Andrade. **Código de Conduta**: evolução, essência e elaboração: a ponte entre a ética e a organização. Belo Horizonte: Fórum,

Logo, a ferramenta de gestão de pessoas mostra-se absolutamente útil na implementação de um programa de *compliance*, haja visto o engajamento que proporciona às equipes, e, sobretudo, o senso de responsabilidade, corroborando com o que prescreve o Código de Conduta e as Políticas de *Compliance*, vejamos:

Isso vem demonstrar, para a implementação de um programa de *compliance*, ser necessário fazer o empregado perceber-se como parte fundamental dos processos organizacionais, na troca de informações, na sua disponibilidade e no compartilhamento dos desafios com todos os membros da empresa. Reitera, assim, a necessidade de o recurso humano, dede as atividades mais simples às mais complexas, ser direcionado ao alcance dos objetivos da empresa consciente.²²

Obtempera-se que, embora os objetivos do *Endoacting* sejam passíveis de serem aplicados aos programas de *compliance*, torna-se absolutamente necessário que as Organizações não transfiram o risco do negócio aos empregados, isto porque é inerente à exploração de uma atividade econômica a assunção dos próprios riscos e o ordenamento jurídico brasileiro veda tal transferência aos empregados. Tem-se, assim, que o Princípio da Alteridade, cunhado pela doutrina de direito individual do trabalho, é verificável nas relações de emprego, todavia os riscos do negócio não podem ser transferidos aos empregados, uma vez que incumbe naturalmente ao empregador assumir os próprios riscos da atividade econômica a qual se propõe explorar.

Convém destacar o elucidado por Adrienne Rodrigues Coutinho e Ellen Cristina Amaral Melgaço Mati no que concerne ao poder diretivo do empregador e algumas técnicas utilizadas nos programas de *compliance*, como por exemplo, os códigos de conduta, códigos internos e canais de denúncias. Para as autoras, as técnicas, ou pilares, por se relacionarem diretamente com o poder diretivo podem estar consubstanciadas em normas que ofendam diretamente à privacidade e à intimidade dos empregados, logo,

2019. p. 78.

22 TEODORO, Maria Cecília Máximo [et. al] (coord.). **Compliance no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 133-134.

tais normas ferem a dignidade da pessoa humana e, também a liberdade destes. Cita-se:

[...] os programas de *compliance*, enquanto mecanismos de autorregulação por parte das empresas e expressão do poder diretivo do empregador, por vezes, acabam por ferir a democracia e a dignidade humana. Logo, as regras de *Compliance* que atinjam a dignidade da pessoa humana e a liberdade estarão em oposição ao texto constitucional. E, ainda, o poder de fiscalização do empregador encontrará barreira nos limites democráticos insculpidos pela Constituição.²³

Não se pode olvidar que a implementação de um programa de *compliance* deve indubitavelmente respeitar, zelar e preservar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República. Para tanto, necessita-se de estudo e adaptação ao tipo de atividade econômica explorada pela Organização, seu porte, dentre outros fatores, razão pela qual um programa de *compliance* não pode ser considerada uma implementação pré-pronta, pois demanda investimento financeiro, capital humano e, sobretudo, conhecimento solidificado quanto aos pilares e demais mecanismos que servem de apoio à implementação.

No intuito de encerrar, por ora, o assunto acerca da dignidade da pessoa humana e proteção aos direitos fundamentais do empregados, importante trazer à tona o entendimento de Emerson Júnio Araújo Barbosa, que ao tecer críticas acerca do *compliance* trabalhista como uma forma de expansão do poder diretivo do empregador, afirma, em apertada síntese aqui trazida à baila, que a implementação dos programas visam necessariamente o aumento de lucro, mitigação de sanções, tratando de um verdadeiro paradoxo entre as vantagens auferidas pelo empregador em relação às desvantagens do programa em relação aos empregados, uma vez que em decorrência da subordinação aqueles estariam em um grau de inferioridade em que ao serem, por exemplo, denunciados em um canal de denúncias, aplicar-se-iam sanções, embora em relação aos gestores ou empregadores não se verificaria o mesmo tratamento. Ainda, aduz que a implementação dos programas de *compliance* não

23 Ibidem, p. 115-116.

focariam na dignidade dos trabalhadores; não estariam baseados em uma visão humanista e deturpariam o espírito do Direito do Trabalho, nos termos infratranscritos:

[...] entende-se que o processo do trabalho detém instrumentos mais eficientes para concretização das promessas constitucionais do que os mecanismos de *compliance* trabalhista. A Implementação dos programas não se baseia em uma visão humanista, focada na dignidade dos trabalhadores. O que se deixa transparecer, paradoxalmente, é mais um esforço para deturpar o espírito do Direito do Trabalho em razão do lucro financeiro.²⁴

Apesar das importantes considerações e advertências feitas pelo autor acima citado, *data venia*, o entendimento acima exposto se relaciona unicamente à uma visão empresarial das relações de trabalho, afastando-se da busca principiológica concernente à boa governança, pois a implementação séria de um programa de *compliance* visa justamente romper com a continuidade endêmica de irregularidades, sobretudo em se tratando de *compliance* trabalhista. A implementação, nesse sentido, objetiva ceifar com toda e qualquer inconformidade, como por exemplo, atraso no pagamento de salários, excesso de horas suplementares, regularidade na distribuição de Equipamentos de Proteção Coletivo ou Individual, condições labor-ambientais adequadas, questões envolvendo assédio moral e sexual entre empregados de mesma e superior hierarquia, inclusive gestores e altos cargos, condições de trabalho de trabalhadores terceirizados e temporários, erradicação da prática de bullying, racismo e demais discriminações, dentre tantos outros fatores. Se ao implementar um programa de *compliance*, sobretudo trabalhista, a Organização deixar de se preocupar com a dignidade dos trabalhadores, bem como deixar de zelar pelos direitos fundamentais destes, então há clara deturpação do escopo do programa, bem como se trata de uma implementação deficitária, quiçá existente, uma vez que deixa de realizar o próprio objeto. Ilustra-se, quando uma Reclamatória Trabalhista é ajuizada

24 TEODORO, Maria Cecília Máximo [et. al] (coord.). **Compliance no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 208.

significa, em geral, que direitos dos trabalhadores foram violados, ou seja, por uma questão de ilação lógica, o dano já foi causado.

Nesse mesmo sentido, merece destaque a consideração feita por José Eduardo Cavalari acerca do papel do programa de *compliance* no tocante ao Princípio da Valorização da Trabalho Humano. De acordo com o autor, que traça inclusive alguns exemplos, a observação ao princípio supramencionado pode inclusive se dar de forma imediata por meio do *compliance*, uma vez que devem ser os observados certas limitações ao Poder Diretivo do Empregador:

[...] o *compliance* tem um inegável papel de concretização do princípio da valorização do trabalho humano. Tal concretização pode ocorrer de forma imediata, por meio do respeito aos limites do poder diretivo em relação às relações de emprego atingidas pelo programa, o que se dá, por exemplo, pela não discriminação do empregado; pelo respeito à liberdade de consciência ou de crença; a intimidade ou sua vida privada, etc, além do cumprimento dos preceitos dos artigos 7º a 9º da Constituição Federal.²⁵

Sendo assim, ao implementar o *compliance* trabalhista, por exemplo, a mitigação dos riscos e até mesmo a erradicação destes acabam evitando a violação de direitos juslaborais, assim como reduzem o ajuizamento de novas demandas, pois se evita o dano, ceifando as raízes da causa.

O pilar Controle Interno é um importante mecanismo de monitoramento, visto que sua razão de ser é a averiguação todo e qualquer fator de risco. Cuida-se não apenas aspectos relacionados aos registros contábeis da empresa, pois devem estar alinhados com as suas operações, devendo refletir a realidade dos fatos, como, também aspectos relacionados aos âmbitos fiscais, trabalhistas e, por ventura, responsabilidade civil e criminal, dentre outros aspectos que variam de acordo com a complexidade da pessoa jurídica. Este pilar é constituído por funcionários que, por sua vez, são responsáveis pelo gerenciamento dos riscos, logo há claro

25 PORTO Éderson Garin; DUTRA, Felipe Asensi (orgs). **Compliance**: reflexões e aplicações setoriais. [S.l.]: Ambra University Press, 2020. p. 324.

envolvimento com os setores responsáveis pelas auditorias internas, razão pela qual não se pode afastá-lo do pilar da Avaliação dos riscos.

As análises feitas pelos controles internos são contínuas para que o programa tenha efetividade, mesmo porque os riscos podem sofrer alterações sejam por motivos internos, sejam por motivos externos à empresa; o que importa é poder averiguá-los antecipadamente e os mitigar ou os corrigir. Isso é o que prelecionam Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior:

Diante do monitoramento contínuo que todo Programa de *Compliance* deve possuir, cabe sempre considerar a necessidade de verificar a efetividade do Programa, e, especialmente, a exposição de riscos inerentes às suas atividades, mudança de cenário político-econômico etc. A partir daí, entram em cena a implementação de medidas mitigadoras e corretivas de modo a manter a Organização em conformidade e menos vulnerável aos riscos previsíveis ou não.²⁶

Percebe-se a inafastabilidade do liame entre os pilares da Análise de Riscos e dos Controles Interno, visto que enquanto o primeiro visa detectar os riscos; o segundo tem como objetivo central o seu gerenciamento, uma vez que há possibilidade de extingui-los, controlá-los ou até mesmo garantir uma forma de convivência saudável, porém controlada.

O pilar do Treinamento e Comunicação está umbilicalmente ligado ao pilar do Código de Conduta e Políticas de Políticas de *Compliance*, pois é por meio daquele que os funcionários, *stakeholders*, gestores, sócios e demais interessados terão acesso aos objetivos, regras, sanções e qual a importância de cada um no desenvolvimento e manutenção do programa.

Os treinamentos devem periódicos, podem ser concedidos presencial ou virtualmente, de acordo com a escolha da empresa, levando-se em consideração o número de participantes, a disponibilidade de recursos orçamentários e tecnológicos, o espaço físico se o treinamento for ministrado presencialmente, conteúdo

26 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança:** pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 117.

do treinamento a ser ministrado e seu grau de complexidade e, sobretudo, o perfil do público alvo.

Conforme elucidam Humberto E. C. Mota Filho e Morgana Ana Daler Casagrande, são diversas as vantagens de se promover treinamentos direcionados a grupos de públicos específicos, uma vez que a abordagem pode ser voltada para as situações reais do dia a dia, discutindo-se os efetivos riscos de cada área, bem como os procedimentos que devem ser adotados para mitigá-los²⁷.

São elaborados por uma equipe, que também será responsável pelo seu oferecimento, assim como, pode-se contratar terceiros externos à empresa, a fim de concedam os treinamentos periódicos, sempre salientando as políticas adotadas pela empresa, seus processos e as regras introduzidas pelo programa.

No que diz respeito à periodicidade dos treinamentos, os autores supracitados destacam que dependerá do grau de maturidade do programa de *compliance* e da cultura organizacional:

A periodicidade de se ministrar treinamentos depende, fundamentalmente, da cultura da empresa e da maturidade do programa de *compliance*. Quanto mais novo o programa e maior o número de não-conformidades identificadas, maior a necessidade de treinamentos, a fim de garantir que os colaboradores entendam o valor do programa e se sintam, efetivamente, parte dele.²⁸

Os treinamentos são necessários na medida em que se reforça a conduta esperada de cada integrante da Organização, assim como se revisa a disseminação de valores éticos e morais a serem observadas para que o programa seja eficiente e eficaz. Para tanto, faz-se necessário a entrega de cópias do exemplar do código de conduta a cada colaborador, de modo que sirva como um ato simbólico. Ainda, é de se esperar que no mesmo ato haja a assinatura do colaborador e demais stakeholders cuja finalidade é a de que se comprometam com as disposições previstas no código. Contudo,

27 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. **Governança corporativa e compliance**. 2. ed. rev., e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 37.

28 Ibidem p. 38.

o Código de Conduta pode ser disponibilizado em meio digital e a Organização poderá empregar diversos meios de se certificar de que os envolvidos o leram e que efetivamente o compreenderam.

O sexto pilar diz respeito ao *Whistleblowing Program* que consiste em um Canal de Denúncias. A disponibilização deste mecanismo é importante porque possibilita que os funcionários, gestores e parceiros da empresa possam delatar eventuais ilícitos nas esferas civil, penal, administrativas e institucionais conduzidos por pessoas que possam representá-la e, conseqüentemente, prejudicar de algum modo a pessoa jurídica adotante do programa e as pessoas que dela façam parte ou mantenham relação.

Outrossim, o Canal de Denúncias possibilita que o *compliance officer*, bem como os responsáveis pelos controles internos tenham conhecimento de infrações às normas previstas no Código de Conduta e Políticas de *Compliance*, seja porque o agente agiu, seja porque deixou de agir em total desconformidade com o que é proposto no programa. O intuito é a fomentação da constante vigilância de irregularidades e condutas impróprias. De acordo com Danilo Tavares Paiva e Mariana Martins do Lago Albuquerque Pegoraro, o Sistema de *Whistleblowing* pode ser resumido da seguinte maneira:

Precisamente, os chamados sistemas de *whistleblowing* são canais de recebimento de informações, denúncias e confissões da prática de irregularidades, crimes e toda espécie de ilegalidade praticada dentro da organização empresarial. Trata-se de uma ferramenta cada vez mais comum nos programas de *compliance*, objetivando assistir o *compliance officer* no desempenho de suas tarefas de supervisão, prevenção e detecção de ilicitudes. Aquele que reporta a irregularidade é chamado de *Whistleblower*.²⁹

Um Canal de Denúncia eficaz deve garantir o sigilo da identidade do denunciante, porquanto, deve assegurar que qualquer comunicação seja feita anonimamente para que o denunciante não seja exposto a qualquer tipo de represálias. Para tanto, Tiago Cripa Alvim e André Castro Carvalho aduzem que a garantia do sigilo é

29 LAMY, Eduardo (Org.). **Compliance**: aspectos polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 54.

um meio eficiente e eficaz de assegurar que o denunciante se sinta à vontade para delatar toda e qualquer irregularidade, uma vez que estará protegido de represálias que, por ventura, possa sofrer pelos colegas de trabalho contemporâneos, ou não, à denúncia:

Assim, a proteção ao denunciante garante à atividade de denúncia dois ganhos: um ao denunciante, relativo à não represália decorrente do anonimato; outro ao ente informado, que só assim o é em decorrência da segurança do meio de contato colocado à disposição.

Assim, não apenas a facilidade em denunciar e a segurança de que a informação será abordada de forma apropriada, mas também o sigilo oferecido do acesso ao canal é essencial para o fomento à prática, bem como para sua eficiência e eficácia.³⁰

Convém lembrar que embora não haja a imposição legal ao *Whistleblower* (denunciante, delator, comunicador de irregularidades) em alertar o Canal de Denúncias sobre ocorrido, uma vez que se trata de ato volitivo, e, sendo assim, ato espontâneo, é de suma importância que haja ênfase por parte dos responsáveis pelos Treinamentos e Comunicação do Programa de *compliance* quanto ao papel desempenhado por cada um e os reflexos de seus atos. Em que pese seja assegurada a sigilosidade do reportante, o setor responsável pela apuração da denúncia deve mantê-lo informado acerca dos resultados obtidos com a investigação, mesmo porque, em alguns casos, pode-se requerer esclarecimentos acerca do fato apurado.

Contudo, não basta que haja apuração, é inexoravelmente obrigatória a efetiva punição, caso se verifique a configuração de algum ilícito penal, civil, administrativo ou qualquer conduta que infrinja o Código de Conduta ou, ainda, esteja em desacordo com a Política de *Compliance*. Salienta-se a importância de se garantir o contraditório e a ampla defesa a todo aquele que estiver sendo investigado, a fim de que sejam evitadas arbitrariedades. Por conseguinte, é oportuno mencionar que o Canal de *Whistleblowing*

30 VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983444/>. Acesso em: 10 out. 2019 p. 162.

não se restringe ao âmbito interno da empresa, devendo ser oferecidos canais externos para que os *stakeholders* e demais interessados possam reportar todo e qualquer indício de irregularidade. Na visão de Selma Carloto, deve-se primar pela diversidade de canais para promover maior efetividade ao programa:

Estes canais podem ser os mais diversos. Vários parâmetros devem ser atendidos nos programas de integridade, sendo um destes exatamente a diversidade de canais, o que torna mais efetivo o programa. Deve ser considerada a possibilidade de se disponibilizar diferentes meios para recebimento de denúncias, como urnas, aplicativos, telefone ou internet, entre outros.³¹

Conforme já mencionado, cabe ao setor de Investigações Internas verificar a ocorrência de irregularidades. Para tanto, os responsáveis por tal tarefa devem possuir autonomia de investigação e aplicação de sanções, pois os denunciados, por vezes, podem ocupar cargos importantes na organização, sendo assim o setor de Investigações Internas não deve temer por qualquer consequência ao averiguar as denúncias.

Para que o Canal de Denúncias tenha eficácia, conforme já ressaltado, os investigadores internos devem manter os *whistleblowers* informados acerca da apuração e responsabilização dos reportados, inclusive os informando acerca da sanção aplicada ou as ações que visem corrigir o ocorrido. Contudo, Eduardo Saad-Diniz alerta que o canal de denúncia não pode servir apenas como um mero aparato de obtenção de volumosas informações e punição, mas, sobretudo, produzir métricas capazes de detectar o comportamento dos agentes no âmbito empresarial e visar sempre à melhoria no nível de detecção:

O canal deve expressar as funções de forma integrada, permitindo a produção de métricas sobre a capacidade de detecção e reação ao comportamento corporativo socialmente danoso. O canal de denúncias não deve ser um simples amontoado de denúncias, produzindo mera volumetria. Deve expressar melhoria no nível de detecção de infrações e informação de comportamento pró-social, superando a

31 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 38.

mentalidade obsessiva pela punição.³²

Insta ressaltar que o volume de informações coletadas na detecção de irregularidades deve correr sobre total sigilosidade, haja visto que o Canal de Denúncias lida com a imagem, voz, dados pessoais e dados sensíveis dos trabalhadores, razão pela qual se deve primar pela não violação da honra, privacidade, visto de tratarem de Direitos Fundamentais insculpidos no art. 5º, inc. X, da Constituição da Federal³³, sendo inalienáveis e indisponíveis.

No que diz respeito aferição de irregularidades, esta não poderá violar a vida privada e íntima do trabalhador, bem como seu nome não pode ser exposto ao ridículo, pois se estará diante de uma verdadeira violação aos Direitos de Personalidade. Independentemente do ilícito ou irregularidade incorrida pelo empregado, este jamais poderá ser exposto ao ridículo, veiculando o seu nome, sua imagem ou qualquer outro atributo pessoal que possa lhe identificar de forma pejorativa, vexatória, difamatória, caluniosa, injuriosa, expondo-o publicamente ao desprezo público, não se pode transmitir, publicar ou utilizar sua palavra e imagem, sem seu prévio consentimento, conforme determina os artigos 17³⁴, 20³⁵ e 21³⁶, do Código Civil.

32 SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance**: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 179.

33 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

34 “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”.

35 “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”.

36 “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”.

Nesta mesma senda, ao discorrer acerca do Direito à Proteção de Dados Pessoais e Biométricos, preservação da vida privada, imagem e vida privada do trabalhador, assim como do direito de reserva de seus objetos pessoais, o Desembargador Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich pontua que:

São dados da vida privada dos trabalhadores que estão longe de poder ser considerados como cadastros de propriedade das empresas e, portanto, fora da liberdade de disposição dos empregadores, os quais não podem usar esses dados para fins distintos daqueles dos contratos de emprego, nem cedê-los gratuitamente ou aliená-los a terceiros.³⁷

E, o autor supracitado sabiamente assevera que:

[...] o trabalho é uma expressão da personalidade e, como tal, não está sujeito à apropriação pelo empregador além desse objeto mesmo.

Em outras palavras, fora daquele campo em que a imagem se confunde direta ou indiretamente com o próprio objeto da prestação de serviços, a celebração do contrato de emprego não implica cessão dela, sendo defeso o empregador apropriar-se dessas imagens para finalidade distintas das do contrato.

Cumpre ressaltar que o trabalhador poderá exigir a qualquer tempo que cesse a violação, ameaça ou lesão a qualquer Direito de Personalidade. Ainda, de tais atos poderá requer a justa indenização por perdas e danos, além de incorrer o autor do ilícito em outras sanções cabíveis ao caso concreto, conforme determina expressamente o art. 12, do Código Civil³⁸.

Em síntese, o que se busca neste pilar é a verificação quanto à veracidade das informações prestadas ao Canal de Denúncias e a responsabilização daqueles que tenham atentado contra as regras do programa, sua política ou até mesmo tenha incorrido em alguma prática que repercuta na esfera penal, civil ou administrativa, prejudicando a empresa. Igualmente, as informações recebidas devem ser devidamente analisadas e, se possível, repassadas ao

37 ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **O direito do trabalho e a liberdade do trabalhador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 18-22.

38 “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”.

compliance officer no intuito de que sejam traçadas estratégias de se evitar a ocorrência de atos em desconformidade com a proposta do programa.

A *Due Diligence* de terceiros é um pilar de extrema importância e consiste em uma avaliação prévia à contratação de *stakeholders*. Por meio desta auditoria preliminar, a Organização poderá verificar aspectos cruciais tais como estrutura societária, verificação do histórico de condenações na esfera penal, trabalhista, fiscal, ambiental, verificação de condutas antiéticas ou duvidosas.

Em apertada síntese, pode ser compreendida como uma ferramenta que visa tomar conhecimento da empresa a que se pretende contratar buscando-se auferir informações suficientes para resguardar o contratante de qualquer contingência capaz de prejudicá-lo posteriormente.

Importante destacar que neste trabalho, o pilar ora em comento, será de suma importância, uma vez que a Lei nº 6.19/1974 determina alguns requisitos indispensáveis a serem observados na contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados, tais como a sua capacidade econômica que é requisito de validade contratual, embora não tenha o condão de se aprofundar em conceitos próprios das ciências contábeis. Para Marcos Assi, em se tratando de terceirização de serviços, a diligência prévia é essencial, pois o contratante deve obter o maior número de informações possíveis acerca do terceirizado, visto que a sua contratação poderá acarretar em reclamações trabalhistas, danos à imagem e questões envolvendo as informações da contratante:

Às vezes, contratamos pessoas, jurídicas ou físicas, que não são adequadas para as atividades de que necessitamos, podendo causar riscos de imagem e de reputação, além de perdas financeiras em ações trabalhistas movidas pelos empregados terceirizados, por falta de uma formalização adequada, sem contar com as questões de segurança da informação.³⁹

39 ASSI, Marcos. **Compliance:** como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/pageid/105>. Acesso em: 15 set. 2019 p. 112.

Para Everson Luiz Breda Carlin, a *Due Diligence* de Terceiros durante a fase das tratativas é de grande valia, pois, resultados insatisfatórios aferidos na análise prévia podem indicar que as negociações serão inexitosas, visto que: “A pré *due diligence* se justifica, pois, dependendo de seus resultados, a negociação pode não ser concretizada, evitando-se desta forma, perda de tempo e custos maiores no processo de negociação.”⁴⁰.

A *due diligence* prévia indicará a situação em que se encontra a empresa a que se pretende contratar tomando como base não apenas os riscos envolvidos na contratação, mas também o seu porte, área de atuação, seu nicho de mercado, complexidade do objeto da contratação, dentre outros. Não há um único método de se realizar as *due diligences*, conforme já afirmado, depende-se sempre dos objetivos que se pretender alcançar com a celebração da contratação do terceiro.

Obtempera-se que o pilar da *due diligence* não se restringe apenas à fase pré-contratual, mas, sobretudo, durante toda a vigência do instrumento contratual, a fim de se garantir que as cláusulas entabuladas estão sendo observadas, bem como o objeto da contratação está sendo efetivamente cumprido.

Por fim, a Auditoria e Monitoramento são considerados um único pilar integra harmonicamente todos os demais pilares, pois é por meio deste que se possibilita a verificação de todas as etapas dos processos que compõem o programa de *compliance* estão em conformidade, e, portanto, são eficientes, ou se é necessário adequá-las. Ademais, o monitoramento leva em consideração a particularidade e requisitos de cada processo, pois conservam suas individualidades, é o que aduzem Claudio Carneiro e Milton de Castro Junior:

Os processos são vivos e individuais, cada um deles tem uma maneira específica de ser executado. Da mesma forma, possuem requisitos e particularidades próprias e, por isso, cada processo tem um jeito próprio de ser medido e monitorado.

40 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações:** do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84.

Sendo assim, é preciso decidir o que precisa ser medido e monitorado.⁴¹

Observa-se que o monitoramento dos processos preserva suas próprias particularidades, razão pela qual este pilar não possui forma estanque, pois se adequa ao resultado esperado. Cumpre distinguir que o monitoramento visa constatar a efetividade do programa de *compliance*; já o papel da auditoria, também denominada simplesmente de *due diligence*, visa analisar por meio de amostragens os seus processos envolvidos e averiguar potenciais falhas que posteriormente devem ser corrigidas para o bom funcionamento do programa. As auditorias possuem papel fundamental porque é por meio das amostragens constantes que se podem aferir falhas e as corrigir para que estejam em total conformidade com o programa. Nesse sentido, Anaruez Mathies define as auditorias da seguinte forma:

Na auditoria, as atividades são avaliadas por amostragem e têm por objetivo certificar se as normas e o processo estão sendo cumpridos. No *compliance*, as atividades são realizadas permanentemente e em todas as áreas da empresa, atuando de forma preventiva e corretiva.⁴²

Curial destacar que as auditorias e monitoramentos possuem funcionamento constante, pois o contrário representaria total ineficiência do programa e dificuldade de se constatar riscos em potencial. Resta clara a importância das auditorias e monitoramentos constantes para se atingir o efetivo monitoramento contínuo de riscos.

Por fim, salienta-se que todos os programas de *compliance* possuem estes mesmos pilares básicos, mas devem ser adaptados de acordo com o porte da empresa e o ramo de atividade exercida, número de funcionários, contato com entes da administração pública, dentre outras características. Obtempera-se que os pilares

41 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança:** pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 229.

42 MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego:** dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018. p.158.

sustentam o programa e devem ser observados sempre por todos aqueles que integrem a Organização.

1.1.1 *Conceito de compliance risk assessment*

Os riscos pelos quais a empresa possa enfrentar estão intrinsecamente ligados ao seu escopo, levando-se em consideração a atividade empresarial desempenhada. Sendo assim, é indubitavelmente essencial que em um programa de *compliance* sejam verificados os graus dos riscos pelos quais possam dificultar a gênese ou a continuidade da atividade empresarial por meio da ferramenta da análise de riscos de *compliance*, também conhecida como *compliance risk assessment*.

A exposição aos riscos varia em graus e devem ser antecipadamente verificados e, em sendo o caso, adotadas as medidas corretivas pertinentes. De acordo com Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior, não há ausência de riscos, mesmo porque há situações imprevisíveis e que demandam correção: “É bem verdade que não há risco zero, até porque existem determinadas circunstâncias externas que são imprevisíveis, mas que uma vez ocorridas devem ser, na medida do possível, corrigidas o mais rápido possível.”⁴³.

O processo de mapeamento da análise de riscos *compliance* alinha-se com os demais processos periódicos de auditorias (*due diligence*), uma vez que a prevenção e, caso seja possível, a imediata correção das contingências, devendo ser medidas observadas pelo *compliance officer* para que haja efetividade do programa. Bruno Pires Bandarovsky, ao comentar sobre o *compliance risk assessment*, afirma que:

No CRA, o que se pretende é identificar os riscos de *Compliance* aos quais a empresa está exposta, quais os fatores de risco existentes, qual o impacto potencial na organização e a probabilidade de materialização, quais as medidas mitigatórias já existentes, quais devem ser aprimoradas ou adicionadas

43 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 90.

(bem como quais devem ser suprimidas!), qual o plano de implementação dos ajustes às medidas mitigatórias e como este será monitorado pela Unidade de *Compliance*.⁴⁴

Consubstanciando-se nas amostragens advindas da *due diligence*, seja a periódica, seja a de terceiros, permite-se que o profissional responsável pelo programa trace estratégias de acordo com a complexidade e evolução das contingências.

Nesse mesmo diapasão, permite-se que sejam averiguadas as eficácias de outros processos, como por exemplo, a efetividade do código de conduta, ajustes necessários nos processos de *due diligence* internos e externos, dentre outros. É o que indica o autor supracitado em uma de suas publicações para a *Legal Ethics Compliance*:

Com base nos riscos de *compliance* identificados no processo de CRA, é possível:

- Criticar a eficácia;
- Adequação;
- Atualidade do arcabouço normativo de *Compliance* das empresas; Código de Conduta, políticas, procedimentos, cláusulas contratuais
- Ajustar os controles internos voltados para a mitigação dos riscos ou instituir novos;
- Identificar a necessidade de fortalecer a comunicação interna ou as sessões de treinamento em determinados aspectos;
- Propor modificações em processos operacionais;
- Ajustar o tom adotado pela liderança.⁴⁵

Em verdade, o monitoramento desempenha papel de relevo seja porque possibilita ao profissional responsável pelo programa uma mensuração periódica, planejada e documentada de todos os

44 BANDAROVSKY, Bruno Pires. **Compliance risk assessment em 8 passos**. [S.l.: s.n], [s.d]. E-book. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/gratuitos/>. Acesso em 15 out. 2019 p. 10.

45 BANDAROVSKY, Bruno Pires. **Compliance risk assessment em 8 passos**. [S.l.: s.n], [s.d]. E-book. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/gratuitos/>. Acesso em 15 out. 2019 p. 7.

processos, seja porque torna possível averiguar a regularidade dos pilares. Segundo Alexandre da Cunha Serpa, monitorar pode ser traduzido como o ato de “[...] responder a perguntas que trazem indicação do funcionamento de cada etapa/pilar do programa de *compliance*. Desta forma, definir quais são as perguntas a serem respondidas é o primeiro passo do processo de monitoramento.”⁴⁶. Torna-se oportuno diferenciar os riscos de seus fatores, pois para o autor supramencionado, embora parecidos, não se confundem, uma vez que os riscos são ameaças que prejudicam os valores da Organização, podendo ser caracterizados como riscos econômicos, reputacionais, dentre outros; já os fatores de risco são eventos ainda não desencadeados, mas podem se materializar em riscos.

Conforme já mencionado, por meio das amostragens, o *compliance officer* conjuntamente com as demais unidades pode criar estratégias, tais como classificar os riscos e seus fatores ou até mesmo reclassificá-los, verificar a probabilidade de suas ocorrências, bem como a classificação do grau, seus impactos e monitoramento das medidas corretivas, extintivas e mitigatórias. Para o PH.D., Seth J. Gillespie é importante o monitoramento, pois, dependendo do caso, haverá necessidade de se reclassificar os riscos, caso sejam substanciais:

If substantial project risks occur while executing the project, additional actions such as updating the project plan or assessing change requests may need to take place. Also, if substantive changes to previously identified risks come to light, a risk reassessment or reclassification may need to be performed.^{47 48}

Danilo Tavares Paiva e Mariana Martins do Lago Albuquerque Pegoraro compartilham da mesma opinião no sentido

46 SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado**: um guia simples e direto sobre programas de compliance. [S.l.: s.n], 2016. E-book. Edição Kindle. Não paginado.

47 “Se ocorrerem riscos substanciais do projeto durante sua execução, ações adicionais, como atualizar o seu plano ou avaliar solicitações de alteração, talvez precisem ser realizadas. Além disso, se forem necessárias alterações substantivas nos riscos previamente identificados, poderá ser necessário realizar uma reavaliação ou reclassificação do risco.”. (tradução nossa)

48 GILLESPIE, Seth J. **Risk Management**: an enterprise dilemma. Virgínia: DBC Publishing, 2016. Edição Kindle. Não paginado.

de que “os procedimentos de prevenção devem ser acompanhados e atualizados de forma contínua, a fim de introduzir-se adaptações sempre que necessário.”⁴⁹. Em síntese, para Guilherme Lopes Felício explica que: “Com o levantamento dos riscos se cria a estrutura preventiva do programa de *compliance* para poder construir condutas preventivas.”⁵⁰.

Verifica-se, portanto, que análise de riscos de *compliance* é um importante mecanismo e possui funcionalidade essencial no programa, pois assiste o *compliance officer*, bem como as demais unidades integrantes na obtenção de informações importantes e suficientes para que se possam tomar as medidas adequadas ao eficiente e eficaz funcionamento daquele.

1.1.2 Governança corporativa

O programa de *compliance* eficaz tem como objetivo a mitigação de riscos pelos quais possa atravessar uma Organização, mas, também, visa aumentar a sua credibilidade reputacional frente ao mercado, uma vez que os riscos do *non-compliance* poderão acarretar resultados insatisfatórios, como, por exemplo, o aumento de judicialização de demandas em seu desfavor, perda de clientes que visam maior transparência e lisura nas contratações, sanções impostas pelas autoridades competentes, em razão da prática de ilícitos penais, fiscais e administrativos, dentre outros tantos prejuízos.

Embora o sistema de Governança Corporativa não seja um pilar de um programa de *Compliance*, sabe-se que este é um princípio de Governança Corporativa, sendo que a adoção e a observância de seus requisitos agregam valor ao programa, pois envolvem o relacionamento não apenas da diretoria, conselho de administração e dos sócios que integram aquela Organização, bem como dos órgãos de controle e fiscalização e inclusive os *stakeholders*.

49 LAMY, Eduardo (Org.). **Compliance**: aspectos polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 53.

50 FELÍCIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance**: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 154.

Obtempera-se que o número de envolvidos em um sistema de Governança Corporativa varia de acordo com o porte da sociedade empresária. De acordo com Fabrício Lima Silva e Iuri Pinheiro a Governança Corporativa objetiva instituir um verdadeiro modelo de gestão calcado em determinadas medidas:

A governança corporativa tem como objetivo instituir um modelo de gestão por meio do qual as empresas procurem, voluntariamente, cumprir regras e tomar decisões no interesse comum de longo prazo da organização, com adoção de medidas de transparência e sustentabilidade financeira, adotando um modelo de autorregulação.⁵¹

Nesse mesmo sentido, A Comissão de Valores Mobiliários em sua “Cartilha” define a Governança Corporativa como um conjunto de práticas cuja finalidade é a otimização concernente ao desempenho de uma companhia, inclusive frente aos investidores, em se tratando de sociedades empresárias de capital aberto, protegendo todas as partes interessadas:

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização.⁵²

51 SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance: teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodvm. 2020. p. 33.

52 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Recomendações da CVM sobre governança corporativa**. [s.l.: s.n], [s.d]. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/0001/3935.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020. p. 01.

Sabe-se que o fenômeno da Governança Corporativa é originário dos Estados Unidos da América e do Reino Unido, surgindo a partir da década de 1990, concentrando-se nas boas práticas comerciais, objetivando a superação de conflitos de gestão, sobretudo nas sociedades de capital aberto.⁵³ Além disso, deita suas raízes em princípios básicos e indispensáveis que visam alinhar os interesses de todos os envolvidos e os compatibilizar buscando o bem comum, transparência nas relações, tratamento justo e responsabilidade corporativa, culminando em uma gestão de qualidade, preservando e facilitando o acesso aos recursos disponíveis. Acerca do assunto, Danielle Pinheiro Diógenes Lima afirma “O sistema de Governança Corporativa passou a ser valorizado não só no nicho de mercado de capital aberto, mas também no meio acadêmico e empresarial [...]”⁵⁴.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, os princípios básicos a serem observados são definidos da seguinte forma:

Transparência – Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização;

Equidade – Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (stakeholders), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas;

Prestação de contas (*accountability*) – Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis;

53 BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 87- 88.

54 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance: prevenção de responsabilidade nos negócios e contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 177.

Responsabilidade corporativa – Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional, etc.) no curto, médio e longo prazos.⁵⁵

Não se pode olvidar que os conflitos internos das Organizações acabam por impactar negativamente em suas interações com o mercado, sobretudo porque possíveis investidores e parceiros contratuais procuram por sociedades empresárias perenes em diversos âmbitos, cujo objetivo é justamente auferir lucros e boas parcerias comerciais. Ou seja, os conflitos internos acabam por reverberar nas relações externas à organização. A esse respeito, Claudia Cristina Barrilari aduz que:

As barreiras entre os aspectos internos e externos da empresa estão cada vez mais maleáveis e se interpenetram, porque as decisões tomadas em âmbito interno têm potencial para atingir todo o entorno da empresa, o que a empresa adota como padrão de responsabilidade e também como valor que gerará uma cultura empresarial a ser transpassada para as relações externas.⁵⁶

A construção de uma cultura de prestígio por condutas éticas, probidade, equidade, transparência, prestação de contas, cooperação, aplicação de sanções quanto às irregularidades às ilegalidades, bem como a criação de um sistema de responsabilidade corporativa acabam por operar salutares mudanças internas nas Organizações e irradiar externamente alcançando os demais interessados. A respeito da responsabilidade corporativa e, em certa medida, sobre sua intersecção com o compliance, conveniente destacar a observação feita por Danielle Pinheiro Diógenes Lima:

Essa responsabilidade corporativa não está relacionada

55 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Princípios que geram valor de longo prazo.** Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em 11 set. 2019, 17:54:30.

56 BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 90.

à filantropia ou à responsabilidade social da empresa, tão pouco à obediência cega à lei, mas sim a uma visão ampla da estratégia empresarial, contemplando todos os relacionamentos da empresa com a comunidade. O compliance (como responsabilidade corporativa) está ligado sobretudo à efetividade da função social da empresa, pois apesar de os resultados econômicos serem o foco da atividade empresarial, eles não representam o verdadeiro papel da empresa⁵⁷.

Os mecanismos de governança corporativa são indispensáveis quando se trata de criação de uma cultura de integridade, e, muito embora se saiba que uma cultura organizacional é construída diariamente, a verdade é que, contemporaneamente, o mercado anseia por boas práticas e Organizações responsáveis, o que por si só acaba por aumentar o seu valor de mercado, bem como seja uma organização socialmente engajada, respeitando os consumidores e trabalhadores. Nessa linha, Guilherme Lopes Felício ensina que:

É preciso, assim, que se pratique a *boa* governança corporativa, o que exige uma atenção para a cidadania (empresa cidadã). Somente, a partir daí, poderemos falar em verdadeira governança corporativa, aquela que preza por uma gestão de qualidade, organizada e ética e que observa a sociedade, a cidadania, o Estado e grupos como *stakeholders*, consumidores, investidores e fornecedores.⁵⁸

Para Everson Luiz Breda Carlin, a adoção dos princípios de governança corporativa acaba por aumentar o valor de mercado das sociedades empresárias, haja vista o controle da gestão:

Bem, como podemos ver de forma perceptiva e muito clara no mercado é que a empresa que adota os princípios de governança corporativa tem mais valor agregado, por, entre outros motivos, não depender de forma muito mais direta do dono para garantir a perenidade dos negócios, pois a empresa dispõe de regras transparentes de gerenciamento independentemente de quem tenha o controle da gestão.⁵⁹

57 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidade nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 167.

58 FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance**: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.

59 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações: do compliance à proteção patrimonial** - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá,

A observância na aplicação dos princípios básicos por todos os envolvidos nos mecanismos de governança corporativa acarreta na melhoria de desempenho da empresa seja internamente, seja externamente. Ainda, alinha aos valores, visão e missão instituídos pelos sócios da sociedade empresária às exigências dos *stakeholders*. Nesse sentido, Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior prelecionam que a Governança Corporativa cria mecanismos e incentivos atinentes ao monitoramento, fazendo com que a conduta dos dirigentes estejam perfeitamente alinhada aos interesses da empresa e afirma que o programa de *compliance* auxilia nessa busca pela excelência na gestão daquela.⁶⁰ Ainda, segundo Danielle Pinheiro Diógenes Pinheiro, a empresa que adota um programa de *compliance* procura inserir-se em um sistema de governança corporativa, pois deixa clara a intenção dos sócios e dirigentes da pessoa jurídica de que esta deseja ser um verdadeiro modelo de responsabilidade social, afastando-se de toda e qualquer conduta ilícita ou se desvirtue do que estabelece o programa⁶¹.

Em suma, os mecanismos de governança corporativa aliada a um programa de *compliance* eficaz é capaz de minimizar riscos tangíveis e intangíveis, garante maior credibilidade e segurança frente ao mercado em que atua ou que a Organização pretenda desenvolver suas atividades, viabilizam um gerenciamento eficaz dos recursos. E, em se tratando de sociedades empresárias de capital aberto, pois os acionistas são tratados equanimente, é assegurada a responsabilidade pelos resultados e a organização acaba por desenvolver suas atividades de forma equilibrada, maximizando os lucros dos acionistas⁶².

2017. p. 45.

60 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 112.

61 LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidade nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 61.

62 MATHIES, Anaruez. Assédio moral e compliance na relação de emprego: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018. p. 138.

1.2 Legislação internacional e a gênese do Programa de compliance

O interesse em programas voltados à governança corporativa advém de escândalos de corrupção envolvendo grandes empresas em âmbito internacional e ocupantes de cargos nos governos. Para tanto, foram necessárias edições de leis com a finalidade de prevenir e punir tais práticas, bem como órgãos públicos fiscalizadores e mecanismos capazes de detectar toda e qualquer irregularidade a que pudesse prejudicar a imagem das empresas frente ao mercado.

Nos estados Unidos da América, por exemplo, criou-se a Security and Exchange Commission⁶³ cuja responsabilidade é a aplicação da legislação de títulos federais e regulação de câmbio, valores imobiliários e prevenção às fraudes fiscais. Além disso, a agência federal tem como responsabilidade a condução de ações na esfera civil envolvendo pessoas físicas e organizações.

Em 1977 foi editada a lei *Foreign Corrupt Practices Act* que versa sobre o combate à corrupção após os escândalos envolvendo o famoso caso *Watergate* (1972) e, também, a companhia *Lockheed* cujo caso envolveu pagamento de propina não apenas a políticos, mas aos soldados estrangeiros no intuito de fomentar as vendas de aeronaves da companhia em países como Itália, Japão, Holanda e Alemanha. A lei criminaliza o repasse de pagamento por empresas listadas na bolsa de valores cujos registros não tenham sido identificados e pagamento a funcionários de outros países.

Editada em 1977, a *Foreign Corrupt Practices Act* aplica-se não apenas a indivíduos e companhias americanas, mas também às companhias estrangeiras que possuam capital americano, desde que estejam situadas naquele país, ou mantenham relações comerciais com os Estados Unidos da América. Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior resumem as penalidades da supramencionada lei da seguinte forma:

Como penalidades, a FCPA prevê sanções cíveis e criminais. As Organizações podem receber multas altíssimas, dano reputacional, (mídia negativa, dano à imagem, dissolução da empresa) e sanções administrativas, enquanto os indivíduos

63 Comissão de Títulos e Câmbio (Tradução nossa).

podem pagar multa, dano reputacional e até mesmo prisão.⁶⁴

A lei *Sarbanes-Oxley Act* surgiu em decorrência de escândalos contábeis que assolaram os Estados Unidos da América entre os anos 2000 e 2002 envolvendo grandes empresas. Diante do cenário em que o mercado norte-americano estava sendo maculado pelas práticas antiéticas envolvendo fraudes e crimes de colarinho branco a lei foi assinada em 30 de julho de 2002 e está calcada nas boas práticas de governança corporativa. A lei prevê a divulgação de informações financeiras das empresas públicas e outros emissores, sobretudo em relação às prestações de contas que devem passar por análises de auditorias externas sob a supervisão da *Public Company Accounting Oversight Board*⁶⁵ cujas regulamentações são aprovadas pela *Securities and Exchange Commission*⁶⁶, visto que aquela se trata de um órgão privado. Embora o Conselho garanta autonomia aos auditores, no que diz respeito às análises e obtenção de informações por parte das empresas que atuam no mercado de títulos e valores imobiliários, também estabelece padrões de auditorias garantindo a confiabilidade das informações, estabelece a criação de um código de ética para as empresas que se submetem à lei, controles de qualidade, define padrões éticos nas auditorias e criação obrigatória de comitês de auditorias nas empresas abertas, incluindo as estrangeiras, que selecionam as empresas de auditorias que prestarão serviços àquelas e supervisiona o desempenho das auditorias destas. Sergio Vidal dos Santos Dias afirma que os executivos, durante os escândalos contábeis, alegaram desconhecimento dos atos ilícitos e a lei *Sarbanes-Oxley Act* possui o intuito de afastar esses tipos de alegações, sobretudo porque prevê rigorosos controle internos nas empresas.⁶⁷

A *Sarbanes-Oxley Act* visa responsabilizar os administradores pela má gestão, isto porque ao assinarem relatórios que devem

64 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p. 36.

65 Conselho de Supervisão Contábil de Empresa Pública (Tradução nossa).

66 Comissão de Valores Mobiliários (Tradução nossa).

67 DIAS, Sergio Vidal dos Santos. **Manuais de controle nas empresas**: padronização dos processos e procedimentos organizacionais conceitos e aplicação do compliance de processos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 50.

ser repassados aos órgãos competentes dão aquiescência sobre as informações prestadas e não poderão se eximir da responsabilidade, fazendo com que o papel desempenhado pelas auditorias dentro dos padrões estabelecidos pela *Public Company Accounting Oversight Board* sejam de suma importância para as empresas e todos aqueles que as representem, é o que explica Vania Maria da Costa Borgerth:

A Lei se limita a exigir que os administradores certifiquem que as informações fornecidas sobre as empresas por eles administradas são confiáveis. A fim de que esses administradores, na eventualidade de problemas, não possam argumentar que desconheciam que uma ou outra base de dados para a geração dessas informações operava de forma precária, a Lei exige que eles certifiquem ter verificado o nível de qualidade e abrangência de seus controles internos. Nenhum desses administradores está inclinado a assinar certificados que os comprometam sem ter certeza de que tudo está funcionando direito e, dessa forma, ele estará declarando algo que é verdadeiro.⁶⁸

A lei comina punições aos praticantes de fraudes corporativas, prevê aumento das penalidades aos crimes de colarinho branco e, também, a imposição de multa, pena de prisão congelamento de contas em caso de prestação de contas fraudulentas.

Em 21 de julho de 2010, durante o governo do então presidente Barack Obama, foi editada a lei *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* que promove a regulação e intervenção no mercado financeiro e bancário criando mecanismos e agências que possuem o condão de prevenir riscos econômicos e proteção aos consumidores. Pautada sob a égide dos princípios de Boas Práticas Comerciais e transparência, a lei inovou ao trazer em seu bojo a figura do delator (*whistleblower*) de condutas ilegais em seu texto com previsão de recompensas. As delações são direcionadas à *Securities and Exchange Commission* e o reportante poderá receber entre 10% a 30% do valor que as autoridades exitosamente recuperarem. Não obstante, a fim de se evitar retaliações, criaram-

68 BORGERTH, Vania Maria da Costa. **SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente.** São Paulo: Cengage Learning, 2012. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522126040/>. Acesso em: 05 out. 2019. p. 46.

se instrumentos de proteção ao delator cujas denúncias ocorrem de forma sigilosa.

No Reino Unido, em 1º de julho de 2011 entrou em vigor a lei *United Kingdom Bribery Act* que versa sobre combate à corrupção por funcionários públicos e empresas do Reino Unido que mantenham negociações locais ou com outros países, bem como com empresas estrangeiras cujos negócios ocorram no Reino Unido e funcionários públicos de outros países envolvidos com propina. Conforme explicam Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior, a lei prevê sanções civis, criminais e multas:

As sanções são cíveis ou criminais, podendo ser penalizadas tanto a pessoa física quanto a jurídica. Para as empresas as multas são ilimitadas, enquanto para indivíduos as multas são limitadas, e pode ser aplicada também pena de até dez anos de prisão. Os diretores podem ser penalizados com a destituição do cargo e proibição de atuar como diretores por até quinze anos; se for algum contratante público é possível a sua exclusão de tais contratos. A lei prevê danos reputacionais (mídia negativa, dano à imagem, dissolução da empresa). A cooperação pode servir para que as medidas mais drásticas não sejam aplicadas.⁶⁹

Adoção de medidas de combate à corrupção, sonegação, suborno e fraudes não são problemas intrínsecos do Brasil e há muito preocupam outros Estados. Estas são as principais leis que contribuíram com a criação de mecanismos de controle interno, códigos de conduta, auditorias dentre outros mecanismos que integram um programa de *compliance* e que inspiraram o parlamento brasileiro na criação de leis que previram semelhantes mecanismos.

1.3 Programa de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil seguiu a tendência internacional, pois os diplomas legais norte-americanos e britânicos, por exemplo, versam sobre mecanismos de integridade, boa governança, combate à

69 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança: pública e privada**. Curitiba: Juruá, 2018. p.37-38

corrupção e subornos, e, conforme será visto, a introdução do programa de *compliance* no nosso ordenamento jurídico tem como principal objetivo combater as mazelas da corrupção tornando-se uma preocupação ainda maior após escândalos de corrupção e “lavagem de dinheiro” que vieram à tona a partir da deflagração das investigações da Operação Lava Jato envolvendo a atuação de grandes empresas em conluio com políticos brasileiros. No ano de 1998 foi promulgada a Lei n. 9.613/1998⁷⁰ que dispõe sobre crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e versa sobre a prevenção da utilização do sistema financeiro para prática de ilícitos, bem como cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Contudo, foi no ano de 2012 com a alteração promovida pela Lei n. 12.683/2012⁷¹ que se introduziu na redação a obrigatoriedade na adoção de mecanismos de controles internos que sejam compatíveis com o porte e volume de operações de empresas, tendo a lei definido quais são as pessoas físicas e jurídicas que se sujeitam aos mecanismos de controle de prevenção de práticas ilícitas.

Em 2013 foi promulgada aquela que é nacionalmente conhecida como a Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013⁷² cuja grande inovação foi levar em consideração na aplicação de sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como adoção de códigos de conduta e de ética pelas empresas. Nesse

70 BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

71 BRASIL. **Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012.** Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

72 BRASIL. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

sentido, Regina Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo explicam brevemente o propósito da lei supramencionada a resumindo da seguinte forma:

Esta lei tem o propósito de suprir uma lacuna na legislação brasileira que apesar de possuir uma ampla e expressiva coletânea de leis e normas vigentes, não existia um mecanismo efetivo a fim de coibir e combater atos de corrupção, principalmente em relação a responsabilização das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos.⁷³

A citada lei, além de dispor acerca da responsabilização objetiva nas esferas civil e administrativa de pessoas jurídicas em decorrência de práticas lesivas contra a administração pública seja nacional, seja estrangeira, prevendo, também, atenuantes às empresas que tenham implementado um efetivo programa de integridade, incentivando, portanto, a adoção de mecanismos que evitem práticas de ilícitos contra a administração pública. A esse respeito, Claudia Cristina Barrilari comenta que a Lei Anticorrupção acaba por incentivar as normativas de compliance e a cultura ética:

[...] haverá um incentivo para as normativas de *compliance*, ou seja, as atividades internas das empresas que incentivem ou favoreçam a efetiva observância das normas e regulamentos, fazendo com que as empresas tenham por objetivo prevenir a prática de crimes de qualquer natureza. O objetivo do legislador foi transferir os valores éticos para o interior das empresas estimulando uma cultura ética no ambiente das instituições privadas⁷⁴.

Outrossim, a lei prevê a possibilidade da celebração do acordo de leniência com as pessoas jurídicas envolvidas nas práticas lesivas insculpidas na legislação, desde que estas comuniquem espontaneamente o interesse na colaboração e cooperação efetiva nas investigações, consultas e demais meios de apurações dos ilícitos cíveis e administrativos, permitindo as delações.

73 NEGRÃO, Regina Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. 2. ed. Brasília, DF: Editora Senac, 2017. p. 39.

74 BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 123.

Sabe-se que o Brasil ao internalizar a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁷⁵, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos⁷⁶ e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento⁷⁷, comprometeu-se em combater essa mazela que prejudica a economia dos Estados. Os diplomas supramencionados indicam a necessidade de adoção de programas de gestão de riscos, auditorias, controles internos, divulgação de registros de interesse das autoridades do Estado-Parte com relação à alienação de ativos, adoção de códigos de condutas em empresas públicas, a fim de se prevenir atos de corrupção. Em relação à Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento, há a participação de 38 países membros, e, obrigam-se a observar obrigatoriamente as regras previstas na convenção⁷⁸.

Em 18 de março de 2018 entrou em vigor o Decreto n. 8.420/2015⁷⁹ que regulamenta a lei supramencionada cujo destaque em seu texto é a especificação dos requisitos de implementação do

75 BRASIL. **Decreto 5.687, de 31.01.2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

76 BRASIL. **Decreto 4.410, de 07.10.2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em: 13. Out. 2019.

77 BRASIL. **Decreto 3.678, de 30.11.2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Vice-Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

78 Ibidem, p. 73.

79 BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de novembro de 2015**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

programa de integridade. Selma Carlotto destaca que o decreto traz em seu bojo os parâmetros de avaliação relacionados aos programas:

O Decreto n. 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, aponta os parâmetros de avaliação dos programas de integridade por meio de medidas preventivas, comunicação e treinamento, inclusive com canais de denúncia que asseguram a proteção aos denunciantes de boa-fé com o recebimento de denúncias anônimas e a não retaliação.⁸⁰

O legislador além de ter definido o conceito de programa de integridade, deixou indubitavelmente claro, no parágrafo único do art. 41⁸¹, que não basta observar os requisitos legais de estruturação do programa, visto que, também, a aplicação e a atualização deste deve obrigatoriamente estar em consonância com os riscos atuais da pessoa jurídica, bem como se deve levar em consideração as suas características próprias. Nesse mesmo sentido, Leandro de Matos Coutinho informa a importância do parágrafo único do art. 41 do Decreto n 8.420/2015 e tece apertada crítica acerca do tema:

É digno de registro que o próprio parágrafo único do referido artigo 41 destaca que o programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, em prol de sua adequação à realidade experimentada pela empresa. Além disso, para que se torne efetivo, o programa deve passar por constante aprimoramento e adaptação, sob pena de se tornar letra morta.⁸²

80 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 25.

81 “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

82 COUTINHO, Leandro de Matos. **Compliance anticorrupção, a lei das estatais e a defesa do estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50.

Logo, o que o legislador previu foi a adaptação do programa de integridade de acordo com a realidade fática apresentada e vivenciada pela pessoa jurídica, a fim de que não se trate de mera implementação estagnada e com escopo apenas de mitigação de sanções civis e administrativas, mas passando por um constante aprimoramento.

A questão envolvendo à estruturação, adequação e à realidade fática das organizações é perfeitamente identificável no Decreto nº 8.420/2015, pois dispensa as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de algumas formalidades dos parâmetros avaliativos de um programa de integridade, isto é, o Decreto em questão dispensa tais pessoas jurídicas de implementarem alguns pilares do programa de *compliance*, tais como código de ética e políticas de integridade, bem como padrões de condutas em se tratando de extensão desses requisitos aos agentes intermediários e associados, aos fornecedores, e, sobretudo, aos prestadores de serviços. Nesse sentido, e, levando-se em consideração o objeto da presente obra, insta destacar que o legislador expressamente dispensou os prestadores de serviços que mantenham relação contratual com as Empresas de Pequeno Porte e Microempresas de observarem o pilar do Código de Conduta e Políticas de *Compliance*.

Ainda, o Decreto nº 8.420/2015 dispensou as pessoas jurídicas supracitadas de efetuarem periódicas análises dos riscos, no concerne às necessárias adaptações ao programa. Quanto à independência dos setores ou responsáveis pela implementação do programa e sua conseqüente fiscalização, o legislador, questionavelmente retirou-lhes a independência na estrutura empresarial. Promoveu a dispensa na utilização de Canais de Denúncia, estendidos inclusive aos Stakeholders, bem como qualquer mecanismo que vise a proteção de delatores de boa-fé. No que diz respeito a *Due Diligence*, dispensou-se as aferições de irregularidades e ilícitos, bem como das possíveis vulnerabilidade das pessoas jurídicas envolvidas nos processos de reestruturações societárias e de fusões e aquisições, destoando completamente da prática internacional de utilização da *Due Diligence* nos processos de *mergers and acquisitions* (Fusões e Aquisições). Outrossim,

dispensou-se as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de procederem com o monitoramento do programa, quanto ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e ao combate às práticas consideradas lesivas no rol do art. 5º da Lei Anticorrupção. Quanto aos agentes intermediários e associados, e, sobretudo, os prestadores de serviços, o legislador optou por dispensar as diligências necessárias nas contratações e fiscalização destes por parte da contratante, conforme as previsões constantes parágrafo terceiro do art. 42 do Decreto em comento.

Em 2016 o legislador infraconstitucional inovou ao dispor sobre a possibilidade de adoção da área de *compliance* no que diz respeito aos estatutos sociais das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias por meio da Lei n. 13.303/2016⁸³ em seu art. 9º, §4º⁸⁴. O diploma legal afirma que aquelas pessoas jurídicas pertencentes à administração pública indireta abrangidas por ele devem adotar regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, sendo que a área de *compliance* deve se reportar diretamente ao Conselho de Administração, caso os mecanismos auditoria interna suspeitem do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada. Além disso, a norma jurídica traz em seu bojo a política de transações a ser adotada que deve estar em conformidade com alguns requisitos, tais como: transparência, competitividade, comutatividade, equidade e conformidade⁸⁵. A Lei traça importantes características, políticas,

83 BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Vice-Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

84 “Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.”

85 “Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

práticas e regras de Governança Corporativa, seguindo a tendência internacional.

Não se pode olvidar que ao introjetarem os princípios de Governança Corporativa nas pessoas jurídicas da administração pública indireta, estas terão grandes desafios e deverão se adaptar à nova realidade. Ao se debruçar acerca do objetivo de introduzir a Governança Corporativa na Lei nº 13.303/2016, as autoras Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo explicam o seguinte:

O objetivo de tratar este tema é demonstrar que a governança corporativa, inclusive na sua aplicação no setor público, deverá ser ainda mais forte. A partir desta lei, as áreas de *compliance* e riscos das empresas estatais terão um grande reforço. Ressalta-se que as empresas estatais e sociedades de economia mista terão desafios pela frente, o que demandará ações de curto, médio e longo prazo. De certo, a lei fortalecerá a governança corporativa, a gestão transparente, a prevenção de fraudes, corrupção e conflito de interesses, além de proporcionar à sociedade mecanismos que devem colaborar com o controle social.⁸⁶

Para Anaruez Mathies⁸⁷ o ordenamento jurídico brasileiro, nesse quesito, segue a tendência internacional de estímulo à transparência e à ética nas gestões, ainda que tardiamente: “A Legislação brasileira vem seguindo a tendência já verificada em outros países, como os Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, de estimular a gestão mais ética e transparente das empresas por meio da governança corporativa.”

Vale ressaltar a indispensável observância do padrão internacional ISO 19600:2014 cuja publicação se deu em 2014 e da ISO NBR 37.001 de 2016, a primeira trata acerca do Sistema

VII - elaboração e divulgação da política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração;”.

86 NEGRÃO, Célia Regina; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas. 2. ed. Brasília, DF: Editora Senac, 2017. p. 54.

87 MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. Curitiba: Juruá, 2018. p. 141.

de Gestão *Compliance* em si e versa sobre a implementação, manutenção e traça todas as diretrizes pelas quais devem ser observadas por aqueles que pretendem adotar o programa; já a última trata sobre o Sistema de Gestão Antissuborno trazendo em seu bojo a importância na transparência e na cultura de integridade e traça além das orientações de implementação, continuidade e o uso do sistema. Importante destacar que a ISO 19600:2014 é aplicável a qualquer empresa, porém Claudio Carneiro e Milton de Castro Santos Junior asseveram que a complexidade do sistema leva em consideração o objeto, natureza, estrutura e o tamanho de cada empresa⁸⁸. Nesse mesmo diapasão, a ISO 19600:2014 (E) em sua introdução ressalta que sua aplicabilidade é adaptável e depende do tamanho e outros fatores:

This International Standard does not specify requirements, but provides guidance on compliance management systems and recommended practices. The guidance in this International Standard is intended to be adaptable, and the use of this guidance can differ depending on the size and level of maturity of an organization's compliance management system and on the context, nature and complexity of the organization's activities, including its compliance policy and objectives.^{89 90}

Conclui-se que, de acordo com a norma internacional, a adoção do programa de *compliance* é aplicável a toda e qualquer tipo de empresa e complexidade daquele dependerá única e exclusivamente das características desta. Outrossim, percebe-se que a gênese do programa de *compliance* consubstancia-se nos atos de corrupção, fraude e demais ilícitos. Porém, no decorrer dos anos, tem-se descoberto o potencial do programa em mitigar outros

88 CARNEIRO, Claudio; JUNIOR, Milton de Castro Santos. **Compliance e boa governança**: pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018. p.49.

89 “Esta Norma Internacional não especifica requisitos, mas fornece orientação sobre conformidade sistemas de gestão e práticas recomendadas. A orientação nesta Norma Internacional e deve ser adaptável, e o uso desta orientação pode diferir dependendo do tamanho e nível de maturidade do sistema de gerenciamento de conformidade de uma organização e no contexto, natureza e complexidade.”. (tradução nossa)

90 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 19600**: Compliance management systems: Guidelines. Genebra: ISO, 2014. Disponível em: <https://portaldagestao.deriscos.com/cases-artigos/>. Acesso em: 14 out. 2019. p. v.

riscos que não se resumem apenas à esfera penal e, hodiernamente, as empresas que o adotam visam também mitigar riscos na seara trabalhista, tributária, civil, administrativa, dentre outras.



Capítulo 2

CONCEITO DOUTRINÁRIO DE TERCEIRIZAÇÃO

O fenômeno da terceirização teve sua gênese na atividade industrial, visto que durante a Segunda Guerra Mundial a demanda produtiva aumentou exponencialmente, razão pela qual foram necessárias adequações para que a demanda fosse efetivamente suprida e a obtenção de lucros fosse maximizada no período belicoso.

O fenômeno socioeconômico expandiu suas raízes a partir dos anos 70, sobretudo porque houve um enfraquecimento do conceito de Estado Social, e, conseqüentemente a redução de políticas públicas de proteção ao trabalho digno dando azo à proliferação de uma globalização econômica neoliberal advinda de um período pós-segunda guerra, fortes crises econômicas e enfraquecimento dos mercados internos culminando na flexibilização das relações laborais. Percebeu-se, que a partir dos anos 70 as indústrias passaram a abrir mão de uma integração vertical de suas atividades, isto é, deixou-se de reunir em si todas as suas atividades para delegar a outras empresas o desempenho de algumas de suas funções originárias, rompendo com o paradigma de produção em massa e a substituindo por um modelo toyotista¹. Desde então houve uma generalização do fenômeno que não se reduz apenas às zonas urbanas, terceiriza-se todo o tipo de serviço, inclusive nas zonas rurais e em diversas atividades.

Vários são os fatores que contribuíram com o avanço do uso da mão de obra terceirizada, mas, pode-se citar a busca pelo aumento na produtividade, lucratividade e competitividade com o mercado externo, necessidade de minimização de custos com encargos trabalhistas e previdenciários e demais encargos sociais,

1 Modelo toyotista *i. e.* surgido em 1970, no Japão, consubstancia-se na produção por necessidade de acordo com a demanda objetivando a redução e eliminação de desperdícios provenientes da produção de produtos ou serviços.

criação de novos modelos de gestão do processo produtivo e a busca por mão de obra especializada como principais fatores. Na visão de Luciano Martinez, a terceirização, hodiernamente, pode ser sintetizada da seguinte forma:

A empresa prestadora de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes. Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores, sendo que o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra.²

Por sua vez, Paulo Renato Fernandes da Silva, afirma que a terceirização funciona como: “um procedimento ou uma estratégia de gestão empresarial”³, e, define o fenômeno da seguinte forma:

Terceirizar significa introduzir uma terceira pessoa na relação jurídica, que outrora era direta entre empregador e empregado. O terceiro normalmente é a empresa prestadora do serviço – EPS (ou fornecedora), que é contratada pela empresa que precisa do trabalhador (chamada de ente ou empresa tomadora de serviço – ETS). O Objeto desse contrato civil entre a empresa tomadora e a prestadora é a realização de um serviço que será realizado pelos empregados desta, mas no âmbito operacional (no estabelecimento) daquela. Opera-se o fenômeno da trilateralização da relação da relação de trabalho.⁴

Vólia Bonfim Cassar acompanha o entendimento de que há clara triangulação contratual na qual a pessoa jurídica tomadora de serviços contrata outra empresa que deverá prestar serviços, isto é, coloca-se à disposição da contratante a força de trabalho, sendo assim definida:

A empresa prestadora de mão de obra coloca seus trabalhadores nas empresas tomadoras ou clientes. Ou seja, a tomadora contrata mão de obra através de outra pessoa, que serve de intermediadora entre o tomador e os trabalhadores, sendo que

-
- 2 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 308.
 - 3 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 95.
 - 4 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. 96.

o liame empregatício se estabelece com a colocadora de mão de obra.⁵

Portanto, os serviços específicos são prestados por empresa que assume atividade com seus próprios empregados, instrumentos e equipamentos de trabalho em uma célula produtiva dentro da própria empresa contratante, ou em outro local designado pelas partes, e não pelos próprios empregados da contratante, fazendo com que empregadora seja efetivamente a empresa prestadora de serviços terceirizados a qual dirige a prestação pessoal de trabalho e assume a responsabilidade pela execução da atividade contratada, bem como em relação ao adimplemento dos haveres dos trabalhadores.

Curial destacar que o objetivo da terceirização é a contratação de serviços específicos, ou seja, pauta-se na atividade a ser executada, e não na pessoa física do trabalhador, razão pela qual é inadmissível a de subordinação direta e gestão do trabalho por parte da empresa contratante. Em relação à subordinação vedada na terceirização, Wilson Alves Polonio sinaliza que:

Destarte, as pessoas que realizam as tarefas contratadas não devem receber ordem ou orientação de qualquer pessoa relacionada com a empresa contratante, quer sejam empregados, quer sejam administradores. A forma e o tempo com que os serviços serão realizados devem ser objeto de estipulação contratual, com o máximo possível de detalhes.⁶

Ratifica-se que constatação de subordinação configura a locação de mão de obra e objetificação do trabalhador à condição de “coisa” ou “mercadoria”, razão pela qual o vínculo de emprego deve ser reconhecido diretamente com a empresa tomadora. Paulo Renato Fernandes da Silva, a esse respeito, assevera que:

A intermediação (ou locação) de mão de obra representa, ainda, séria violação à noção constitucional de valorização social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88), uma vez que o trabalhador é aviltado pela desconsideração da sua condição

5 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 471.

6 POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 110.

humana, reduzido que é a mercadoria, a coisa que pode ser intermediada ou atravessada por outras empresas.⁷

Convém salientar que o legislador ordinário alterou a Lei n. 6.019/1974, a fim de permitir expressamente a terceirização de qualquer serviço, admitindo-se a execução de qualquer atividade, incluindo a atividade-fim da contratante, desde que no contrato civil esteja especificada a atividade a ser desenvolvida pelo terceiro, e não mais se exigindo que a contratação se dê para a prestação de serviços específicos, é o que preconiza o atual art. 5º-B, inc. II,⁸ do diploma legal. Contudo, Ipojuca Demétrius Vecchi salienta que o legislador, embora tenha permitido expressamente a contratação da atividade-fim, exige que a empresa prestadora de serviços tenha necessariamente capacidade econômica para executar a avença.⁹

Curial salientar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da redação do item III a súmula nº 331, considerava lícita a contratação de empresa cuja consecução dos serviços fosse voltada às áreas de limpeza e conservação e vigilância e abstratamente os serviços especializados relacionados à atividade-meio da empresa tomadora, ou seja, atividades consideradas secundárias:

Súmula nº 331 – CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.¹⁰

7 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 97.

8 “Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
II - especificação do serviço a ser prestado;”.

9 VECCHI, Ipojuca Demétrius. **Terceirização, trabalho temporário e o novo marco regulatório**: comentários de acordo com a reforma trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017. p. 78.

10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. Brasília, DF, 21 de dezembro de 1993. Tribunal. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 15 jul. 2021.

Ocorre que a esse respeito, o Supremo Tribunal Feral (STF), por meio do Tema de Repercussão Geral nº 725 fixou tese de que constitui contratação lícita a terceirização independentemente do objeto social das empresas contratantes, lançando verdadeira pá de cal acerca da possibilidade de contratação de serviços ligados à atividade-fim do tomador:

Tema de Repercussão Geral nº 725 – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PARA A CONSECUÇÃO DA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.¹¹

Em que pese se permita a execução inclusive da atividade principal da contratante, não se admite a subordinação entre os empregados da empresa contratada a empresa tomadora de serviços, a fim de que não haja fraude à legislação trabalhista e, conseqüentemente, reconhecimento de vínculo empregatício.

Conclui-se, portanto, que o fenômeno socioeconômico da terceirização surgiu a partir da tentativa de o empresariado minimizar os prejuízos advindos de períodos de baixa lucratividade e crises culminando na flexibilização de direito trabalhistas e um novo modelo de gestão das atividades empresariais. Salienta-se, por fim, que pela primeira vez na história o legislador brasileiro dispôs esforços para regulamentar efetivamente a matéria, embora tenha sido omissivo e impreciso quanto alguns termos previstos na redação da lei.

2.1 Breves críticas ao fenômeno da terceirização

A contratação de serviços terceirizados, em verdade, tem se tornado uma possibilidade de captação de mão de obra e

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 725**. Brasília, DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 15 jul. 2021.

gestão do processo produtivo, embora não se afastem as críticas, visto que se permitem desníveis salariais entre os trabalhadores da mesma categoria econômica, pois o legislador conferiu à empresa contratante e à contratada a liberalidade na fixação dos salários dos empregados desta que podem ser equivalentes aos empregados daquela, conforme plasmado no art. 4º-C, §1º da Lei n. 6.019/1974¹². A esse respeito, Iuri Pinheiro e Raphael Miziara afirmam ser discriminatória a previsão concernente ao ato volitivo de disposição contratual quanto à equivalência salarial, visto que cria uma vulneração ao Princípio Constitucional da Isonomia:

[...] Discriminatória é a previsão do parágrafo primeiro do dispositivo que, em simples leitura a contrario sensu permite que se legitime a remuneração distinta pelos mesmos serviços executados entre trabalhador terceirizado e empregado direto da Contratante, em flagrante discriminação injustamente desqualificante. Diante da vulneração ao princípio da Isonomia (arts. 5º, “caput”, e 7º, XXX e XXXII, da CRFB/88), entendemos inconstitucional tal permissibilidade.¹³

Além disso, por se tratar de responsabilidade subsidiária da contratante quanto às obrigações trabalhistas, Selma Carloto explica que: “a tomadora irá arcar com o passivo das prestadoras por descumprimento das obrigações por parte desta.”¹⁴. Mas, há dificuldade na obtenção do pagamento dos haveres trabalhistas, sobretudo porque a empresa tomadora é responsável subsidiária por tais verbas fazendo com que se esgotem todas as tentativas de se obter os recursos financeiros por parte da prestadora de serviços, porém estes podem ser de difícil obtenção, haja vista a possibilidade de contração de empresas em que apresentem falhas em sua gestão ou que não apresentem solidez financeira culminando em risco

12 “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.”.

13 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 143.

14 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 59.

de inadimplência concernente ao pagamento de salários, é o que indica Hanna Larissa Lima Bonfim:

Ocorre que, na prática, responsabilizar primariamente a empresa prestadora de serviços pode gerar transtornos aos empregados. Questões trabalhistas seriam entregues a uma empresa que, na maioria das vezes, não tem solidez econômica e que são mal administradas, havendo, assim, maiores riscos de não pagamentos de salários e encargos.¹⁵

Ainda, por não pertencerem à mesma empresa, os trabalhadores terceirizados, em regra, não fazem jus aos mesmos benefícios advindos das negociações coletivas em que os empregados da contratante possuem, pois são representados por sindicatos distintos, embora possam exercer exatamente as mesmas atribuições e possuírem as mesmas responsabilidades que os empregados da empresa tomadora, ou seja, podendo haver identidade de categorias profissionais. Logo, percebe-se que há clara disparidade de condições entre os obreiros.

O ilustre doutrinado Luciano Martinez afirma que a terceirização acarreta um cenário de verdadeira instabilidade profissional, culminando até mesmo no enfraquecimento sindical, haja vista a intensa rotatividade do trabalhador no mercado de trabalho, não havendo identidade de funções desempenhadas ora em um emprego, ora em outro.¹⁶

Ainda, nos termos do §4º do art. 5º-A¹⁷ da Lei n. 6.019/1974, a empresa contratante não fica obrigada a disponibilizar aos empregados da empresa contratada os mesmos

15 BONFIM, Hanna Larissa Lima. **Terceirização: para quem fica as vantagens e desvantagens?**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, v. 6, n. 9, p. 77-91, out. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/130411>. Acesso em: 10 nov. 2019. p. 82.

16 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 326.

17 “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.”.

serviços de refeição, atendimento médico ou ambulatorial que fazem jus seus empregados, mesmo que os serviços sejam prestados em suas dependências ou em outro local designado. Compreende-se que o legislador não conferiu isonomia de tratamento entre os trabalhadores efetivos da empresa contratante e àqueles que prestam serviços a esta, visto que expressamente definiu como ato volitivo da empresa tomadora de serviços a concessão de certos benefícios.

Os autores Iuri Pinheiro e Raphael Miziara aduzem que a disposição prevista no art. 5º-A, §4º parecem violar o Princípio da Isonomia:

Nesse caso, parece-nos que a disposição viola o princípio da isonomia, acentuando ainda mais as diferenciações existentes entre os empregados terceirizados e os da Contratante, de modo que, para nós, a partir de uma leitura constitucional do dispositivo, a contratante deverá estender ao empregado terceirizado o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados.¹⁸ (grifos dos autores)

Márcio Túlio Viana critica fortemente a ausência de isonomia entre os empregados terceirizados e os empregados que possuem contratos de trabalho com empresa tomadora, pois muito além dos salários há questões discrepantes que envolvem o bem-estar do trabalhador e condições dignas de trabalho:

[..] a isonomia não se deve deter na questão dos salários. Num contexto em que parcelas de natureza salarial cada vez mais se dessalarizam, será preciso estender aos terceirizados os benefícios concedidos aos empregados da tomadora, desde que compatíveis. Naturalmente, e não só pela razão isonômica, os terceirizados deverão fruir de condições dignas de saúde e segurança no trabalho.¹⁹

É bem verdade que o art. 4º-C, inc. II²⁰ da Lei n. 6.019/1974 preveja as mesmas condições de saúde, segurança e higiene aos

18 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 143.

19 VIANA, Márcio Túlio. **A terceirização revisitada**: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/35819>. Acesso em 10 nov. 2019. p. 218.

20 “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que

empregados da empresa prestadora de serviços quando e enquanto estiverem laborando nas instalações pertencentes ao tomador. Contudo, houve falta de esclarecimento na redação dada à lei, pois, perdeu-se a oportunidade de esclarecer que ambos, empresa tomadora e prestadora de serviços, devem zelar pelo bem-estar dos trabalhadores independentemente do ambiente que estes exerçam suas atividades, fiscalizando o uso de EPI, o contato com agentes insalubres ou perigosos, os intervalos intrajornada e interjornada, dentre outros aspectos que deveriam ser enfrentados.

Já o art. 5º-A, §3º da lei em comento prevê expressamente a responsabilidade da Contratante quanto à garantia de condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, porém a responsabilidade estará adstrita aos exercícios das atividades realizadas nas dependências da Contratante ou em local previamente convencionado no contrato. Ou seja, há lei prevê alguns direitos básicos, desde que preenchidas determinadas condições o que por si só se torna questionável, sob uma ótica constitucional de garantias fundamentais.

Por fim, infere-se que o legislador infraconstitucional andou bem em regulamentar a terceirização no país, visto que em período anterior às alterações dadas à Lei n. 6.019/1974 por meio das Leis n. 13.429 e 13.467, ambas de 2017, utilizavam-se de súmulas do TST para se enfrentar a matéria. Contudo, conforme visto há questões controversas que se deixou de esclarecer e pacificar e que são de suma importância para os trabalhadores.

2.2 Requisitos de funcionamento das empresas prestadoras de serviços terceirizados

O capital social pode ser definido como a transferência de recursos próprios do patrimônio dos sócios para o acervo da

se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.”.

sociedade empresária ou simples no intuito de que a pessoa jurídica possa atingir os fins a que se propõe. A contribuição a que os sócios se sujeitam, em verdade, encontra-se disciplinada no *caput* do art. 981 do Código Civil²¹ e constitui um requisito de validade do próprio contrato social da sociedade. Neste sentido, Paulo Ulhoa Coelho²² preleciona que: “[...] uma sociedade empresária que dispense um dos sócios da contribuição para a formação de seu capital não é válida[...]”. Sendo assim, trata-se do montante em moeda corrente ou bens móveis, imóveis, corpóreos ou incorpóreos a que os sócios transferem à sociedade a fim de viabilizar o negócio, nos termos do art. 997, inc. III do Código Civil²³. O eminente jurista Rubens Requião define o capital social como sendo “a soma representativa das contribuições dos sócios. Pode ser constituído em dinheiro – a que a que os franceses chamam de *apport en numeraire* - ou em bens - *apport en nature*.”²⁴ . Em se tratando de sociedade simples, admite-se também que o sócio contribua com serviços. De qualquer forma, o objeto da transferência deve ser suscetível de avaliação de natureza pecuniária devendo constar expressamente no contrato social da sociedade.

Ainda, é inafastável a obrigação de se fazer constar no contrato social da empresa as quotas de cada sócio, seja ela pecúnia, bens ou serviços, a depender do tipo de sociedade, bem como a forma de sua integralização, é que dispõe o art. 997, inc. IV do Código Civil²⁵. Salienta-se que o contrato social deve ter a forma escrita por meio instrumento público ou contrato particular e

21 “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”.

22 COELHO, Paulo Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

23 “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;”.

24 REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 388.

25 “Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;”.

deve ser inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, em se tratando de sociedade simples.

De acordo com o *caput* do art. 5º-A²⁶ da Lei n. 6.019/1974, somente pessoas jurídicas de direito privado podem atuar como prestadoras de serviços terceirizados. Além disso, o legislador condiciona o funcionamento da empresa aos seguintes requisitos: prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), bem como registro dos atos constitutivos na Junta Comercial, nos termos dos inc. I e II do art. 4º-B²⁷ da lei em comento. Ainda, há necessidade de se observar o capital social mínimo exigido para o funcionamento da empresa de prestação de serviços que deve ser compatível com o número de empregados. Nesse sentido, o legislador elaborou os seguintes parâmetros, nos termos do art. 4º-B, inc. III da supracitada lei:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

- a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e
- e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

26 “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.”

27 “Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:
I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
II - registro na Junta Comercial;”

Compreende-se, portanto, que esses parâmetros conjuntamente com os demais requisitos devem servir como baliza para que não sejam criadas e lançadas no mercado pessoas jurídicas sem o mínimo de estrutura organizacional, fazendo-se com que as empresas contratantes e trabalhadores sejam prejudicados. Este, também, parece ser o entendimento do Ministério Público do Trabalho (MPT) quanto aos requisitos previstos nos incisos do art. 4º-B:

São estes os requisitos considerados pelo legislador como indispensáveis para que uma pessoa jurídica, com estrutura empresarial e lastro econômico mínimo, esteja apta a se lançar no mercado de serviço para firmar contratos de prestação de serviço. Nesse sentido, a norma jurídica exige da empresa contratada autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística, devendo para isso ser dotada de interesses próprios, direção própria e estrutura material e administrativa desvinculada da empresa contratante.²⁸

Contudo, há opiniões contrárias, como aquelas asseveradas pelos autores Raphael Miziara, Leone Pereira, Thereza Nahas e Luciano Martinez criticam o parâmetro utilizado pelo legislador, pois o considera insuficiente, viabilizando qualquer simulação ou até mesmo a prática de fraudes, uma vez que não há qualquer garantia de solidez:

[...] o parâmetro humildade utilizado pelo legislador acaba por ser insuficiente para concretizar a intenção de garantir-se a formação de EPS sólidas e insuscetíveis de fraude ou simulação, contribuindo para a precariedade das relações jurídicas, de toda natureza, que forem estabelecidas por meio da EPS.²⁹

Curial salientar que o capital social da empresa não se confunde com o seu patrimônio líquido, conforme será visto no capítulo seguinte, mas ambos servem como parâmetros de aferição

28 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas:** análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 17.

29 PEREIRA, Leone et al. **Leis trabalhistas comentadas:** discriminação, trabalho voluntário, atleta profissional, rurícola, terceirização, doméstico, transferência, greve e estágio. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 118.

a serem observados em momento anterior à contratação da empresa de prestação de serviços, assim como durante toda a vigência do instrumento contratual.

Sendo assim, resta clara a importância de se verificar com antecedência se a empresa a ser contratada para prestar serviços de terceirização, de fato, possui condições mínimas de funcionamento. E, embora o capital social não expresse efetivamente a solidez financeira da empresa, trata-se, em verdade, de uma relevante informação a ser coletada pela futura contratante.

2.2.1 Diferença entre capital social e patrimônio líquido

Importante destacar as diferenças entre o capital social e o patrimônio líquido, a fim de que se compreendam ambos os conceitos. Conforme visto anteriormente, o capital social resulta da transferência a que os sócios se submetem no intuito de que a sociedade alcance os fins almejados por aqueles. De acordo com a doutrina do professor Clóvis Luís Padoveze, a gênese de uma pessoa jurídica de direito privado ocorre com o investimento de valores iniciais denominados de capital social:

Os valores dos investimentos iniciais para a formação do negócio, que são entregues à empresa pelos seus sócios ou acionistas fundadores, são contabilizados como Capital Social. O intuito dos investimentos na empresa a título de Capital Social é o desejo de seus detentores de alcançarem, com a criação da empresa, lucros maiores do que eles conseguiriam como investidores individuais.³⁰

De acordo com todo o exposto, não restam dúvidas de que os recursos que constituem o capital social são essenciais à gênese de qualquer sociedade, uma vez que não apenas viabilizam a sua constituição, mas, por vezes, podem contribuir com a expansão do negócio, caso seja alterado para maior no decorrer do desempenho da atividade econômica. Outrossim, trata-se de uma cifra contábil

30 PADOVEZE, Clóvis Luís. **Manual de contabilidade básica: contabilidade introdutória e intermediária**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010091/>. Acesso em: 16 set 2019. p. 341.

formal e o sucesso ou insucesso da pessoa jurídica não o influencia, isto é, mantém-se inalterado no contrato social.

Em que pese o capital social seja considerado uma cifra contábil estática e intangível, possui uma função externa de garantir a satisfação dos créditos dos credores da sociedade; internamente possui a função de suprir a sociedade dos bens que sejam reputados necessários à exploração da empresa. Na visão de Marcelo Marco Bertoldi, além da função interna supramencionada há outra de suma importância:

Destaca-se também a função do capital social em determinar forças que agem internamente na sociedade e na condução de seus rumos, pois o peso do voto de cada um dos sócios é determinado proporcionalmente em relação à sua participação no capital social.³¹

Destarte haver diferenças entre o capital social e o patrimônio líquido, o autor supracitado destaca que ambos são coincidentes apenas em um único momento:

O capital social não se confunde com o patrimônio social que é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à sociedade empresária. Raramente os dois são coincidentes, a não ser no ato de sua constituição. A partir do momento em que a sociedade empresária começa a operar há despesas, gastos e perdas que poderão diminuir seu patrimônio, ou ainda, ganhos que venham a aumentá-lo, permanecendo, entretanto, intacto o capital social.³²

Quanto ao Patrimônio Líquido, constitui-se da diferença entre os valores correspondentes ao Ativo e o Passivo da sociedade passando por variações cujas causas principais são os aumentos no capital social ou suas devoluções em caso de retirada de um dos sócios e, também, o que se obtém das Despesas e Receitas concernente a um período contábil, logo, dependem dos resultados

31 BERTOLDI, Marcelo Marco. **Curso Avançado de direito comercial, volume 1:** teoria geral do direito comercial, direito societário. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 168

32 BERTOLDI, Marcelo Marco. **Curso Avançado de direito comercial, volume 1:** teoria geral do direito comercial, direito societário. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 168.

das transações operadas pela própria pessoa jurídica. Segundo Adriana Maria Procópio de Araujo e Alexandre Assaf Neto, o Ativo pode assim ser definido como “o conjunto de bens e direitos de propriedade de uma sociedade representados por dinheiro em caixa, valores a receber, estoques, máquinas, terrenos, prédios etc.”³³ e em relação ao passivo como sendo “o conjunto de obrigações assumidas por uma determinada entidade, com o objetivo de financiar sua atividade operacional, ou recursos captados para colocá-la em funcionamento.”³⁴ No que concerne ao conceito de Receita, a Equipe de Professores da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo assim a sintetiza:

Entende-se por Receita a entrada de elementos para o ativo, sob a forma de dinheiro ou direitos a receber, correspondentes, normalmente, à venda de mercadorias, de produtos ou à prestação de serviços. Uma Receita também pode derivar de juros sobre depósitos bancários ou títulos e de outros ganhos eventuais. A obtenção de uma Receita resulta, pois, num aumento de Patrimônio Líquido.³⁵

E, em relação ao conceito de Despesa, também poder ser facilmente compreendidas da seguinte maneira:

Entende-se, por Despesa, o consumo de bens ou serviços, que direta ou indiretamente, ajuda a produzir uma receita. Diminuindo o ativo ou aumentando o Ativo ou aumentando o Passivo, uma Despesa é realizada com a finalidade de se obter uma Receita cujo valor se espera seja superior à diminuição que provoca no Patrimônio Líquido.³⁶

De acordo com a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho do Ministério Público do Trabalho (CONAFRET), o patrimônio líquido possui maior abrangência, pois inclui outros bens que são objetos da contabilidade, vejamos:

O patrimônio líquido é mais abrangente que o capital social,

33 ARAUJO, Adriana Maria Procópio de [et al]. **Aprendendo contabilidade**. Ribeirão Preto: Inside Books Editora, 2010. p. 84

34 Ibidem, p. 141.

35 IUDÍCIBUS, Sérgio de (cord.). **Contabilidade introdutória**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 66.

36 Ibidem, p. 66.

pois, além do próprio capital, que tem seu valor expresso em termos históricos, compreende todos os demais bens que podem ser objeto de contabilidade, a cada momento, de modo que somente o patrimônio líquido é capaz de expressar a condição econômica da empresa, com base na cotação de mercado de seus bens integrantes.³⁷

Destarte o capital social seja o investimento inicial que proporcionará a gênese da pessoa jurídica, a verdade é que somente a análise atinente ao patrimônio líquido de determinado período contábil é que será capaz de se verificar se a sociedade é tendente a honrar todos os compromissos firmados com seus credores. Para tanto, as Receitas obtidas devem superar as Despesas contraídas pela pessoa jurídica culminando em um resultado positivo que significa o aumento do Patrimônio Líquido e, conseqüentemente, no lucro.

Portanto, incumbe à empresa contratante verificar por meio da *due diligence* de terceiros não apenas se há conformidade entre o parâmetro concernente ao capital social exigido na lei que regulamenta a terceirização em nosso ordenamento jurídico e as demais condições impostas pelo legislador, mas também cumpre analisar periodicamente o patrimônio líquido e os demais aspectos da sociedade empresária a que se pretende contratar seja na fase anterior à contratação, seja durante toda vigência do negócio jurídico.

37 EMEDIATO, Geraldo *et al.* **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas:** análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 25-26.



Capítulo 3

REQUISITO DA CAPACIDADE ECONÔMICA COMPATÍVEL COM A EXECUÇÃO DO CONTRATO

O requisito da capacidade econômica compatível com a execução do contrato é de extrema importância no tocante à contratação de empresa prestadora de serviços a terceiros. Contudo, o legislador infraconstitucional ao alterar a Lei nº 6.019/1974 não o conceituou, criando verdadeiras lacunas interpretativas, fazendo com que a doutrina especializada lançasse luz sobre o tema. Compartilhando do mesmo entendimento, Iuri Pinheiro e Raphael Miziara destacam as seguintes observações:

A exata compreensão do que seja “capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros” é um dos temas mais polêmicos existentes na Lei nº 6.019/74, principalmente pelo fato de o legislador ter deixado, em pontos cruciais, vários espaços normativos lacunosos. Desse modo, caberá ao intérprete e à doutrina a tentativa de buscar o verdadeiro sentido e alcance dessa expressão, bem como apresentar as soluções mais adequadas para as situações que envolvam essa temática.¹

De acordo com o novo art. 4º-A da Lei n. 6.019/74, *in verbis*, as empresas prestadoras de serviços terceirizados devem possuir capacidade econômica ao entabular contratos com as tomadoras de serviços:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.²

-
- 1 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 131.
 - 2 BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências**. Brasília, DF:

Nesse sentido, o entendimento de Rafael da Silva Marques é de que o requisito de validade dos contratos de prestação de serviço deve ser observado e não comporta qualquer exceção:

A lei não trata de qualquer fragmentação ou flexibilização dessa condição. Deve, a fim de contratar, demonstrar que possui capacidade econômica compatível com a execução do contrato. Isso quer dizer que, em não demonstrando essa capacidade, não poderá haver a contratação, não poderá ocorrer a terceirização.³

Com a introdução do dispositivo legal em comento, buscou-se garantir a execução dos contratos em que as empresas de prestação de serviços celebrem, pois, a sua mera inadimplência resulta na responsabilidade subsidiária da empresa contratante independentemente de haver culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, razão pela qual é de suma importância a observância do requisito de validade, pois, deve-se contratar pessoas jurídicas capazes honrar os haveres trabalhistas, bem como todos os seus consectários legais, sob pena de eventualmente participar da relação processual em que ocorrer a condenação, constando no título executivo judicial. De acordo com a Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho do Ministério Público do Trabalho, verifica-se um alto nível de inadimplência de obrigações por parte das empresas prestadoras de serviços:

[...] o legislador ordinário adota medida de garantia da exequibilidade contratual, como requisito de licitude do próprio contrato, a partir de constatação da realidade de profunda fragilidade econômica das empresas prestadoras, no mercado de serviço, com alto risco de inadimplência de obrigações contratuais, fiscais, trabalhistas, previdenciárias etc., imputando, com isso, responsabilidade à empresa contratante pela eleição de empresas idôneas e pela fiscalização

Presidência da República, [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

3 MARQUES, Rafael da Silva. A terceirização e o novo requisito da capacidade econômica da empresa prestadora. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 65, n. 99, p. 123-137, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/48768>. Acesso em: 16 out. 2019. p. 128.

de sua condição econômica no curso contratual.⁴

Nesse mesmo diapasão, Selma Carloto denuncia a inadimplência por parte das empresas de prestação de serviços em decorrência da falta de fiscalização e de uma análise prévia à contratação, ou seja, a falta de uma um processo de *due diligence* culmina em passivos trabalhistas em desfavor da contratante:

Há muito passivo para as tomadoras, na terceirização, em decorrência de falta de fiscalização e análise prévia do cliente, já que muitas vezes as empresas prestadoras não efetuam corretamente os depósitos do FGTS e não repassam os recolhimentos à Previdência, além de não pagarem horas extras ou outros direitos trabalhistas.⁵

Infere-se que é a fiscalização prévia e durante a vigência do contrato é de suma importância para que se evitem prejuízos decorrentes de passivos trabalhistas advindos da contratação de prestação de serviços. Logo, o pilar da *due diligence* de terceiros e periódica são indispensáveis, a fim de serem verificados os riscos de *compliance*.

Além disto, mesmo antes da alteração introduzida pela Lei n. 13.467/2017 à lei supramencionada, o STF já havia enfrentado a celeuma acerca da capacidade econômica das empresas prestadoras de serviços em sede de decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324 a qual restou clara a obrigatoriedade de haver verificação prévia e durante a contratação atinente à idoneidade e à capacidade econômica da empresa contratada. Contudo, salienta-se que a corte não discorreu acerca do que compõe a capacidade econômica, muito menos a forma de aferi-la.

Nesse mesmo diapasão, o STF compreendeu ser necessária a tomada de medidas capazes de assegurar que não haja fraude às leis do trabalho, em razão da caracterização da ausência de capacidade econômica condizente com o objeto do contrato, bem como os

4 EMEDIATO, Geraldo *et al.* **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas:** análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 27.

5 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista.** São Paulo: Ltr, 2019. p. 58.

demais direitos juslaborais. Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso, relator na ocasião, afirmou que:

Os ganhos de eficiência proporcionados pela terceirização não podem decorrer do descumprimento de direitos ou da violação à dignidade do trabalhador. A contratante – sabedora da existência desse tipo de empresa – deve tomar todas as medidas necessárias a assegurar o respeito à integralidade dos direitos e dos deveres trabalhistas, previdenciários e de saúde e segurança no trabalho, que decorrem da relação de emprego entre a empresa terceirizada e seu empregado.

Nessa linha, cabe à contratante: (i) certificar-se da idoneidade e da capacidade econômica da empresa terceirizada para honrar o contrato; [...].⁶

Quanto à questão envolvendo a idoneidade das empresas terceirizadas, Selma Carloto afirma que a justiça do trabalho tem condenado empresas tomadoras por falta de *compliance*, ensejando a condenação em pagamento de danos morais coletivos em decorrência da ausência de diligências capazes de verificar a idoneidade da parceira contratual e fiscalizar o adimplemento das verbas salariais.⁷

Curial destacar que em relação à terceirização da atividade-meio e fim, por se tratarem de conceitos subjetivos acabaram por criar verdadeiros entraves na seara trabalhista, bem como trazer insegurança jurídica no âmbito dos tribunais, haja vista a diversidade de julgados e o julgamento da ADPF nº 324 acabou por encerrar tais celeumas. Acerca do julgamento da ADPF em apreço, os autores Leone Pereira, Luciano Martinez, Raphael Miziara e Thereza Nahal comentam o voto do Ministro Relator, no que diz respeito à questão da diversidade de julgados na seara trabalhista e a consequente insegurança jurídica que acaba por culminar em mais desemprego:

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 (ADPF 324)**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 26 set. 2019.

7 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 59.

A diversidade da jurisprudência acaba por causar, segundo observado no voto [do Ministro Relator], mais desemprego e insegurança jurídica, pois a Lei em nenhum momento proíbe as formas empresariais e tampouco a existência de empresas terceirizadas. O importante é que se respeite as leis trabalhistas, a Constituição Federal e a CLT.⁸

Embora o legislador infraconstitucional tenha sido omissivo no que diz respeito à definição quanto à capacidade econômica e o modo de a aferir, conclui-se que esta compreende a suficiência de recursos capazes de garantirem todos os custos operacionais que envolvem o contrato. Desta feita, o MPT assim esclarece:

Exige a norma, em suma, que esse patrimônio empresarial seja suficiente para garantir a execução do contrato de prestação de serviços, o que compreende, além da entrega do objeto contratado, a satisfação das obrigações comerciais, sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias e outras decorrentes da execução da atividade.⁹

A aferição quanto à capacidade econômica da empresa a que se pretende contratar é *conditio sine qua non* para que o contrato seja entabulado. Por sua vez, essa obrigatoriedade surge a partir do ato de contratação devendo ser conferida pelo contratante, é o que sinaliza o ministério supracitado:

Essa capacidade econômica da empresa prestadora de serviço é condição a ser observada pela empresa contratante a partir do ato da contratação, aferindo se a contratada dispõe de patrimônio suficiente para fazer face aos compromissos decorrentes da execução do contrato, inclusive aqueles relativos ao cumprimento de direitos trabalhistas.¹⁰

8 PEREIRA, Leone et al. **Leis trabalhistas comentadas**: discriminação, trabalho voluntário, atleta profissional, rurícola, terceirização, doméstico, transferência, greve e estágio. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 111.

9 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas**: análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. Acesso em: 01 out. 2019. p. 23.

10 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas**: análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. Acesso em: 01 out. 2019. p.12.

Nesta mesma esteira, ainda destaca a importância de haver harmonia entre o preço fixado pela prestação do serviço e os seus custos operacionais:

Os créditos contratuais devidos pela contratante à contratada, relativos ao preço do serviço, exequíveis na medida da execução contratual, constituem ativos da empresa prestadora de serviço, que integram seu patrimônio e, portanto, retratam sua capacidade econômica. Para isso, no entanto, o preço do serviço deve contemplar a totalidade dos custos operacionais do contrato, projetados em valores condizentes com a realidade, especialmente quanto aos custos trabalhistas, que devem ser projetados com base na legislação aplicável, inclusive nas normas coletivas em vigor no âmbito da categoria profissional, sendo necessária, ao equilíbrio econômico contratual, a repactuação do preço sempre que ocorrerem custos adicionais decorrentes da celebração de novos instrumentos negociais.¹¹

Para tanto, a empresa de prestação de serviços deve possuir solidez financeira, a fim de que se verifique não apenas o adimplemento do avençado com a contratante, como também as demais obrigações, tais como as verbas trabalhistas, adimplemento de tributos e demais encargos que, por ventura, estejam relacionados intrinsecamente ao seu ramo de atividade, razão pela qual é imprescindível que o preço ajustado pela prestação de serviços deva ser o suficiente para operacionalizar o contrato.

De acordo com o Enunciado n. 78 aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), ao contratar, não basta que a empresa tomadora de serviços verifique se o capital social da empresa contratada observa o que preconiza os incisos do art. 4º-B da Lei n. 6.019/1974, deve-se obrigatoriamente observar se há compatibilidade entre o preço pactuado pela execução do serviço e os custos operacionais envolvidos, bem como se há, ou não a existência de passivos trabalhistas, fiscais, dentre outros, sendo indispensável que se continue fiscalizando no decorrer da vigência do contrato:

78. TERCEIRIZAÇÃO: CAPACIDADE ECONÔMICA

11 Ibidem, p. 11.

A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante no ato da contratação e no curso do contrato, e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é requisito de funcionamento e que deve estar integralizado. Consiste, mais, na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciários, tributários etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual.¹²

Conforme visto, a aferição da capacidade econômica envolve o preço pactuado pela prestação do serviço que deve ser compatível os custos operacionais bem como a inexistência de passivos, ambos atinentes às esferas trabalhistas, fiscais, previdenciários, dentre outras, ainda que decorram de distintas contratações, pois a verificação de tais contingências importa em riscos ao adimplemento contratual. Para tanto, a aferição quanto ao cumprimento do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B da Lei n. 6.019/1974 e os demais requisitos previstos em seus incisos não são o bastante, pois é indispensável à averiguação concernente à capacidade de custeio das demais obrigações contratuais.

Mister destacar o que assevera por Ricardo Brandão Fontoura quanto à fixação de preços, uma vez que, embora considerada prática constante a redução de preços muito aquém do mínimo capaz de garantir a execução do contrato, bem como os demais custos operacionais pelas empresas prestadoras de serviços, há tomadoras que incidem no mesmo comportamento deletério, pois, no intuito de auferirem maiores margens de lucro e economia, barganham preços abaixo daqueles praticados no mercado reduzindo o valor

12 BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 78. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/impressao/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 29 set. 2019. p. 15.

a ser pago pela contratação, e, conseqüentemente, tornando insustentável a sua execução:

A questão, infelizmente, é cultural: muitas empresas tomadoras sabem disso, mas mesmo assim pressionam o prestador além do seu limite, conseguindo reduzir os preços muito mais do que seria factível. O objetivo, por óbvio, não é deliberadamente prejudicar o prestador, mas sim conseguir preços menores, que geram economia e maiores margens de lucro à empresa. No entanto, isso é uma “faca de dois gumes”, o chamado “cobertor curto”, pois a economia forçada de agora acaba por gerar a contingência de amanhã.¹³

E, prossegue em seu posicionamento:

E isso se dá por um fato tão previsível quanto comum: o prestador de serviços que assina o contrato por valores abaixo de mercado, sem ter escala, provisão ou fluxo de caixa para isso, fatalmente irá se tornar insolvente, e nessa toada as primeiras coisas que deixarão de ser pagas serão exatamente os impostos, as contribuições previdenciárias e os recolhimentos trabalhistas. No limite, e já sem volta, deixa-se de pagar os salários dos funcionários. O próximo passo é o ingresso das ações judiciais contra a empresa prestadora e a empresa tomadora, para ao final culminar na condenação da primeira, que não terá como pagar, e na conseqüente responsabilização subsidiária da segunda, que ao pagar o que deve acabará por retirar da mão do empresário que um dia exigiu preços mais baixos toda a economia que julgou ter e o lucro que pretendia ganhar.¹⁴

Percebe-se que de nada adianta a fixação de preços aquém daqueles normalmente praticados no mercado porque a economia advinda da contratação restará fulminada, caso a empresa contratada deixe de adimplir com suas obrigações juslaborais. Ainda, a lucratividade advinda da barganha inicial representa, neste caso, riscos reais ao tomador de serviços.

Não se deve olvidar que a verificação quanto aos custos de operacionalização do contrato a que se pretende firmar pode não

13 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172-173.

14 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172-173.

ser o suficiente. Explica-se, a idoneidade da empresa prestadora de serviços deve ser analisada, visto que esta pode ser inadimplente habitual de haveres trabalhistas e previdenciários, bem como quanto às obrigações de origem fiscais. Outrossim, deve-se levar em conta a dimensão do contrato a ser executado e o porte da empresa a que se pretende contratar, isto é, inclui sua estrutura material e organizacional, razão pela qual a capacidade econômica, neste caso, não seria o suficiente para que a empresa tomadora descarte os fatores de risco.

De acordo com a 6ª Comissão da ANAMATRA, em sede de julgamento dos enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, constitui ônus da prova da tomadora de serviços a comprovação de que diligenciou a capacidade econômica da prestadora de serviços, caso esta deixe de adimplir com os haveres trabalhistas:

97. TERCEIRIZAÇÃO. CAPACIDADE ECONÔMICA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. REQUISITO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

O inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços atrai para a empresa tomadora de serviços o ônus da prova da capacidade econômica da primeira. Inteligência do artigo 818, § 1º, da CLT.¹⁵

Ainda, de acordo com o Enunciado n. 96 aprovado na mesma oportunidade pela comissão acima mencionada, a incapacidade econômica pode ser constatada a partir do inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da prestadora de serviços:

96. TERCEIRIZAÇÃO. INADIMPLEMENTO DE VERBAS TRABALHISTAS. RECONHECIMENTO DIRETO DO VÍNCULO COM A CONTRATANTE

O inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços revela sua incapacidade econômica para a execução dos serviços (art. 4º-A da Lei 6.019/74) e autoriza

15 BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 97. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/impressa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 29 set. 2019. p. 17.

o conseqüente reconhecimento do vínculo diretamente com a contratante.¹⁶

Contudo, o enunciado supratranscrito não esclarece qual é o período em que configura o inadimplemento dos haveres trabalhistas capaz de constituir o devedor em mora. Para tanto, o §1º do art. 2º do Decreto-Lei n. 368/1968¹⁷ determina que a sonegação ou atraso no pagamento de salários deve ser igual ou superior a três meses para que o empregador incorra em mora contumaz:

Art. 2º - A empresa em mora contumaz relativamente a salários não poderá, além do disposto no Art. 1, ser favorecida com qualquer benefício de natureza fiscal, tributária, ou financeira, por parte de órgãos da União, dos Estados ou dos Municípios, ou de que estes participem.

§ 1º - Considera-se mora contumaz o atraso ou sonegação de salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a 3 (três) meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento.

Os autores Iuri Pinheiro e Raphael Miziara também compactuam com o entendimento acima exposto, visto que para que o simples inadimplemento em período irrisório não será capaz de revelar, *ipso facto*, a incapacidade econômica da Empresa Prestadora de Serviços. Porém, o inadimplemento dos haveres trabalhistas atrai para a Contratante o ônus da prova quanto à capacidade econômica da sua parceira contratual:

[...] entendemos que somente a mora contumaz é capaz de revelar a falta de capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros, e, por consequência, gerar a invalidez contratual.

16 BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 96. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 29 set. 2019. p. 17.

17 BRASIL. **Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968.** Dispõe sobre Efeitos de Débitos Salariais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0368.htm. Acesso em: 29 set. 2019.

De todo modo, o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, ainda que por apenas um mês, atrai para a Contratante o ônus da prova da capacidade econômica da primeira.¹⁸

Logo, é de se admitir que a ausência de pagamento em período inferior ao preconizado pelo dispositivo legal supramencionado não é capaz de atribuir, de plano, à empresa tomadora de serviços a responsabilidade direta pelo adimplemento de tais verbas. Portanto, não há razoabilidade em se reconhecer vínculo de emprego *ipso facto* em razão da ausência de pagamento de haveres trabalhistas por período exíguo, pois, há muito o legislador já se encarregou de definir o lapso temporal determinante da mora contumaz do empregador.

Numa breve summa, pode-se afirmar que a verificação quanto à capacidade econômica compatível com a execução da avença quando o preço pactuado contratualmente for compatível com os custos operacionais, ou seja, seus recursos devem ser suficientes para atender as necessidades de custeio das suas obrigações contratuais, dentre eles se destacam custos com folha de pagamento dos empregados, com os tributos, custos concernentes à Previdência Social, entre tantos outros. E, ainda, a verificação quanto à inexistência de passivo fiscal, trabalhista, comercial e previdenciário decorrente de outras contratações de prestação de serviços entabuladas com outras empresas tomadoras de serviços. Para Iuri Pinheiro e Raphael Miziara, a empresa tomadora de serviços deve analisar casuisticamente os contratos de prestação de serviços que vier a celebrar:

Somente mediante a análise do caso concreto é que se poderá verificar a existência da “capacidade econômica compatível com a execução dos serviços”, que é, como já asseverado um requisito de validade do contrato de prestação de serviços a terceiros.

Na aferição da capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros é indispensável que se identifique a existência de recursos suficientes ao atendimento das

18 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 139 – 140.

necessidades de custeio de todas as obrigações contratuais.¹⁹

Por fim, conclui-se que por se tratar de um requisito de validade dos contratos de prestação de serviços, a importância e necessidade de aferição da capacidade econômica não se restringem à fase pré-contratual, mas, sobretudo, durante toda sua vigência. Corroborando com esse entendimento, os autores supracitados afirmam que “A capacidade econômica da empresa prestadora de serviços compatível com a execução do contrato, deve ser aferida pela contratante em dois momentos. Inicialmente, no ato da contratação, bem como durante toda a vigência do contrato. [...]”²⁰.

Nesse sentido, o programa de *compliance* possui mecanismos próprios capazes de mitigar o risco de contratação viciosa por ausência de requisito no qual o legislador atribuiu grande importância, ou, ainda, seja a futura contratada uma inadimplente contumaz, assim como possibilita a análise de fatores de risco que giram em torno do contrato ainda vigente a exemplo a perda superveniente da capacidade econômica da *stakeholder*, no caso em tela, a empresa prestadora de serviços terceirizados. Sendo assim, o pilar da *due diligence* provará ser o mais adequado para mitigar os riscos advindos dessa modalidade de contratação.

3.1 Diferença entre os requisitos de validade e de funcionamento

Primeiramente, não se pode confundir o requisito da capacidade econômica com o requisito do capital social mínimo, visto que a Lei n. 13.429/2017 introduziu o art. 4º-B alterando a redação original da Lei n. 6.019/1974, estabelecendo alguns critérios. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional elencou como obrigatória a prova de que a empresa possui inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, registro na Junta Comercial e o capital social compatível com o número de empregados.

Conforme visto em capítulo oportuno, estabeleceram-se exigências formais para que a empresa possa se lançar corretamente

19 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 136.

20 Ibidem. p. 136.

no mercado. O capital social mínimo exigido pelo legislador visa servir de garantia, a fim de inibir a proliferação de empresas de prestação de serviços que não possuam estrutura financeira, administrativa e organizacional mínima. Nesta mesma esteira, a CONAFRET aduz que:

A exigência de capital social mínimo visa a garantir que os sócios confirmem à empresa aporte econômico inicial compatível com sua estrutura funcional, para inibir a entrada no mercado de terceirização de pessoas jurídicas destituídas de qualquer lastro econômico. Trata-se de exigência formal e estática, dirigida à empresa prestadora de serviço, como condição para seu funcionamento.²¹

O capital social mínimo exigido pelo legislador, bem os demais requisitos previstos no art. 4º-B apenas chancela o funcionamento da pessoa jurídica, contudo, a contratação da empresa depende de sua capacidade econômica que deve ser compatível com a execução dos serviços a que se pretende executar. De acordo com Rafael da Silva Marques, não basta que a empresa cumpra com o requisito do inc. III do art. 4º-B, mas também cumpra com o requisito elencado no art. 4º-A, *in fine*, da Lei n. 6.019/1974:

Não significa, contudo, que possa deixar de observar o que consta da parte final do caput do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, para contratar. Pode a empresa prestadora funcionar normalmente, mas, para contratar, para que haja contrato válido, deve demonstrar capacidade econômica compatível com a execução do contrato. A não-demonstração dessa capacidade econômica leva, necessariamente, à ilegalidade da terceirização.²²

Compreende-se que a capacidade econômica é um requisito de validade dos contratos de prestação de serviços e está relacionada à disponibilidade de patrimônio que a empresa possui, vinculando-

21 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas:** análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 23.

22 MARQUES, Rafael da Silva. A terceirização e o novo requisito da capacidade econômica da empresa prestadora. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 65, n. 99, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/48768>. p. 129.

se a cada instrumento contratual firmado. Sendo assim, o seu patrimônio deve ser capaz de honrar com todos os compromissos atinentes aos contratos de prestação de serviços que entabular. Para tanto, a empresa tomadora de serviços deve diligenciar determinados aspectos que possam trazer segurança quanto à capacidade econômica no intuito de que futuramente não ocorram riscos relacionados à contratação viciosa.

Nesse sentido, a capacidade econômica deve ser aferida durante o ato de contratação, mas, igualmente, durante toda a vigência do contrato. Obtempera-se que não basta a análise dos contratos de prestação de serviços vigentes em que a empresa prestadora figura como contratada, deve-se atentar ao fato de haver adimplemento de verbas salariais, condenações na esfera trabalhista capazes impactar gravemente no patrimônio da parceira contratual, entabulamento de preço adequado, a fim de que o contrato de prestação de serviços possa ser executado adequadamente, dentre outros fatores já analisados.

Portanto, embora a capacidade econômica não seja considerada um requisito que impacte no funcionamento da empresa, o legislador o definiu como um requisito de validade de todos os contratos de prestação de serviços que sejam firmados no intuito de se evitar que empresas com o mínimo de lastro econômico atuem no mercado prejudicando os trabalhadores e as empresas que as contratem, visto que há importantes reflexos na esfera judicial a este respeito. Logo, embora não se confundam ambos os requisitos são essenciais no que diz respeito à contratação de empresa atuando no ramo da terceirização de serviços.

3.2 Nulidade do contrato de prestação de serviços em razão do vício no plano da validade

O instrumento em que se pactua a prestação serviços se trata de um contrato sinalagmático, oneroso, consensual, não solene, com especificação dos serviços e pode possuir determinação do prazo para a execução dos serviços, se for o caso cujas partes contraentes se comprometem com deveres e direitos recíprocos,

isto é, a empresa prestadora de serviços se obriga a uma prestação que consiste na atividade intelectual ou corporal; já a tomadora se obriga a pagar-lhe pelos serviços prestados. Outrossim, não possui qualquer subordinação hierárquica em relação à empresa tomadora garantindo, também, sua total independência técnica. De acordo com a doutrina de Sergio Pinto Martins, não pode haver relação hierárquica entre o terceirizante e a empresa contratada²³.

Conforme visto no capítulo oportuno, o contrato de prestação de serviços deve observar o requisito de validade a que o legislador atribuiu à capacidade econômica da empresa de prestação de serviços, sem o qual não se pode celebrar qualquer contrato de prestação de serviços, pois este é considerado nulo, visto que deixa de observar um dos requisitos essenciais expressamente previstos na lei culminando em flagrante invalidade absoluta. A esse respeito, asseveram Élisson Miessa e Henrique Correia que a ausência do requisito da capacidade econômica faz com que se reconheça o vínculo direto com a empresa prestadora de serviços, destacando que o inadimplemento dos haveres trabalhistas por parte da contratada demonstra sua incapacidade econômica, o que culminaria na ilicitude da contratação entabulada.²⁴

Jeffersson Daibert preleciona que: “ao conjunto, pois, de pressupostos e requisitos nós denominamos elementos e que são indispensáveis à validade e, conseqüentemente, à eficácia dos contratos”²⁵ e, igualmente, “a invalidade se prende à falta de um de seus elementos essenciais (capacidade, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei e mútuo consentimento)”²⁶. Logo, o negócio jurídico reputado nulo não merece prosperar e não produz efeitos, pois atinge a sua eficácia, uma vez que ao firmarem o contrato, os contraentes transgridem a norma imperativa. Os vícios atinentes ao plano de validade dos negócios jurídicos possuem natureza grave e

23 MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 161.

24 MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 251.

25 DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos: parte especial das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 155.

26 *Ibidem*, p. 155.

atentam contra a ordem pública e, conseqüentemente, o interesse coletivo, razão pela qual após a decretação da nulidade, os efeitos são extintos retornando as partes ao *status quo ante*. É o que explica Alberto Gosson Jorge Junior:

Neste contexto, o legislador diferencia alguns vícios ou defeitos que considera mais graves por atentarem contra a ordem social e o interesse coletivo e para estes prevê a sanção de nulidade, despidendo o negócio jurídico, em regra, de todos seus efeitos, determinando o retorno à situação jurídica anterior.²⁷

O posicionamento da eminente professora Maria Helena Diniz coaduna com o que aduz o autor supracitado:

[...] a nulidade absoluta é uma penalidade que, ante a gravidade do atentado à ordem jurídica, consiste na privação da eficácia jurídica que teria o negócio, caso fosse conforme a lei. De maneira que um ato negocial que resulta em nulidade é como se nunca tivesse existido desde a sua formação, pois a declaração de sua invalidade produz efeito *ex tunc*, retroagindo à data da sua celebração.²⁸

Cumprе salientar que a gênese das situações que culminam na nulidade do negócio jurídico tem em seu cerne causas anteriores à celebração do contrato ou contemporâneas a esta. A declaração judicial da nulidade do negócio jurídico, portanto, alcança a declaração de vontade das partes no momento da emissão, visto que ato negocial apresenta vício congênito e o extingue no momento em que é proferida a sentença, contudo os efeitos, em regra, são retroativos à época em que o negócio foi efetivamente firmado. Os mestres Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho aduzem que enquanto não for declarada a nulidade os efeitos do contrato operam normalmente, pois somente após a manifestação judicial é se verificam os efeitos da sanção jurídica:

Tais atos geram, sem sombra de dúvida, efeitos concretos, que não podem deixar de se convalidar com o decurso do tempo. Os efeitos privados pela sanção da nulidade são os jurídicos,

27 JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

28 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 597.

não havendo como se negar o fato de que a emissão destes atos gera efeitos na realidade concreta, ou seja, em outras palavras, a nulidade (absoluta ou relativa) somente é evidente no mundo ideal, exigindo a manifestação judicial para a declaração desta nulidade.²⁹

Em se tratando de contratação lícita de terceirização, a legislação atribui à empresa tomadora a responsabilidade subsidiária quanto às obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, nos termos do §5º, art. 5º-A³⁰ da Lei n. 6019/1974. Ocorre que a contratação de empresa prestadora de serviços que não possua capacidade econômica, conforme previsão expressa no art. 4º-A, *in fine*, da legislação em comento, além de se tratar de ato defeso em lei, constitui fraude à legislação do trabalho culminando em nulidade contratual, nos termos do art. 9º³¹ da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³², e, conseqüentemente, não há de se falar em terceirização, mas mera intermediação de mão de obra (ou locação), no intuito burlar o reconhecimento de vínculo de emprego com a contratante, pois a empresa prestadora de serviços apenas fornece trabalhadores para que prestem serviços a tomadora sem que esta reconheça vínculo formal e cumpra com sua função social, visto que se utiliza do subterfúgio do fenômeno da terceirização, e, portanto, flexibilização das relações laborais, para obter mão de obra de forma irregular.

Torna-se mister salientar que a doutrina especializada no direito individual do trabalho compreende o fenômeno da intermediação ou locação de mão de obra como uma prática nefasta

29 GAGLIANO, Pablo Stolze [et al.]. **Novo curso de direito civil, volume 1:** parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172771/>. Acesso em: 15 out. 2019. p. 469.

30 “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.”

31 Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

32 BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

e fere de morte o valor social do trabalho e a dignidade humana do trabalhador. A esse respeito, Paulo Renato Fernandes da Silva sintetiza o fenômeno da seguinte forma:

A intermediação (ou locação) de mão de obra representa, ainda, séria violação à noção constitucional de valorização social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88), uma vez que o trabalhador é aviltado pela desconsideração da sua condição humana, reduzido que é a mercadoria, a coisa que pode ser intermediada ou atravessada por outras empresas.³³

Nesse sentido, a doutrina especializada preconiza que a mera intermediação de mão de obra visa criar manobras no intuito de prejudicar os trabalhadores em claro desrespeito ao art. 9º da CLT, cabendo ao magistrado aplicar o princípio da primazia da realidade, pois as contratações mediante empresa de terceirização devem ser reputadas nulas, a fim de que os contratos sejam elididos e sejam formados vínculos formais de emprego com a real empregadora, a empresa tomadora dos serviços. Esse parece ser o entendimento do doutrinador acima mencionado, no que diz respeito ao reconhecimento do vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços:

[...] o trabalhador pode postular o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com esta, com efeitos retroativos para alcançar todos os direitos contratuais e coletivos (convenções e acordos coletivos de trabalho) de um empregado efetivo daquela empresa, inclusive eventuais diferenças salariais, equiparação salarial, participação nos lucros, tíquetes-refeição, plano de saúde etc.³⁴

De acordo com os arts. 166, inc. IV³⁵ e 168³⁶, *caput*, ambos do Código Civil de 2002³⁷, o negócio jurídico que não revestir a

33 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 97.

34 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017p. 97-98.

35 “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
IV - não revestir a forma prescrita em lei;[...]”.

36 Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

37 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF:

forma prevista em lei deve ser declarado nulo e qualquer interessado pode alegá-la, e não apenas o magistrado ou o Ministério Público, isto porque as partes deixaram de cumprir elemento essencial, neste caso, particular ao contrato de prestação de serviços. Na visão de Paulo Renato Fernandes da Silva, caso sejam desrespeitados os requisitos impostos pelo legislador na Lei n. 6.019/1974 quanto à validade do contrato de terceirização, a contratação do trabalhador deve ser atribuída à empresa prestadora de serviços.³⁸

O MPT atenta ao fato de que ao ser fixado o preço pela prestação dos serviços, este deve ser o suficiente para que possa executar contraprestação a que se compromete, sendo assim a empresa contratante deve ser diligente o suficiente para evitar celebrações de contratos com empresas cujo preço pactuado pela prestação de serviços não seja capaz de executar plenamente o avençado, sendo, portanto, responsabilidade daquela o adimplemento das obrigações trabalhistas:

Sendo o preço inexequível, é evidente a participação da empresa contratante no descumprimento da exigência legal de capacidade econômica compatível com a execução do contrato, porque lhe aproveita o pagamento do preço irrisório sabidamente prejudicial aos direitos dos credores, inclusive trabalhistas, da empresa contratada. Trata-se de conduta fraudulenta, porque voltada a burlar a formação de vínculos de emprego com o tomador de serviço por meio da utilização do contrato de prestação de serviço em desvio de finalidade, com violação ao marco jurídico do instituto, disciplinado pela Lei 6.019/1974.³⁹

A declaração de nulidade do negócio jurídico, neste caso, conforme visto acarreta no reconhecimento de vínculo empregatício direto entre os funcionários contratados pela prestadora de serviços e que efetivamente trabalharam para a tomadora e atribui responsabilidade solidária quanto aos haveres trabalhistas

Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

38 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 139.

39 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 25-26.

inadimplidos pelo período anterior à decretação de nulidade do contrato. Verifica-se, portanto, que não se trata de terceirização, mas intermediação ilícita de mão de obra.

Nesse mesmo diapasão, Ipojucan Demétrius Vecchi sintetiza de forma objetiva a consequência jurídica em caso de inobservância dos requisitos legais:

[...] cumpre esclarecer que a responsabilidade subsidiária se dá sempre que a terceirização foi lícita, cumprindo todos os requisitos legais (formais e substanciais), pois se for considerada ilícita (art. 9º da CLT), a responsabilidade deverá ser solidária, implicando, ainda, salvo para o caso de entes públicos, a configuração da relação de emprego diretamente com o contratante tomador de serviços.⁴⁰

É bem verdade que apenas a aferição quanto à capacidade econômica não é o suficiente para que se evite a responsabilidade solidária, isto porque, conforme visto anteriormente, de acordo com o MPT, há, infelizmente, um elevado grau de inadimplência por parte de empresas prestadoras de serviços, logo, a verificação quanto a sua idoneidade é imprescindível. Curial ressaltar, portanto, que, em se tratando de empresa contratante sabedora do histórico inidôneo relacionado à inadimplência habitual do parceiro contratual quanto às obrigações trabalhistas, comerciais, fiscais e previdenciárias acarreta na violação e elisão da noção de terceirização de serviços prevista na Lei n. 6.019/1974. É o que compreende o ministério supracitado:

[...] independente do preço pactuado pelo serviço, também viola a noção de prestação de serviço, prevista no art. 4º-A, caput, da Lei 6.019/74, a contratação de empresa sabidamente inidônea – devedora habitual e sistemática de obrigações trabalhistas, previdenciárias e/ou fiscais, decorrentes de contratos anteriores de prestação de serviço; sem estrutura material, administrativa e organizacional mínima compatível com a dimensão do contrato –, cuja capacidade econômica esteja comprometida por esses e outros passivos aferíveis à época da contratação. Em tal situação, obviamente, a pactuação de

40 VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Terceirização, trabalho temporário e o novo marco regulatório**: comentários de acordo com a reforma trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86.

preço compatível com a execução do contrato não será capaz de afastar risco de sua inexecução, em face da insolvabilidade econômica da empresa contratada.⁴¹

Em ambos os casos, inexistência de capacidade econômica no ato de contratação, bem como conhecimento de inidoneidade do parceiro contratual culminam nas mesmas consequências já afirmadas, vínculo de emprego com a tomadora de serviços e responsabilidade solidária por se tratar de fraude à legislação do trabalho incorrida por mais de um autor ferindo de morte o art. 9º da CLT e incidindo o que dispõe o art. 942 do Código Civil⁴², pois perfeitamente cabível a aplicação subsidiária do direito comum, nos termos do §1º do art. 8º da CLT⁴³.

Ainda, é preciso insistir no fato de que embora se constate a existência de capacidade econômica atrelada à idoneidade da empresa prestadora de serviços no ato de contratação, isto, por si só, não impede que se constate a perda superveniente do requisito de validade do contrato.

Verificando-se a perda superveniente da capacidade econômica, restam algumas alternativas à empresa contratante. A primeira alternativa diz respeito à resolução do contrato firmado, uma vez que a empresa contratada incorreu em inadimplemento, conforme art. 475 do Código Civil⁴⁴. Outrossim, percebe-se que Iuri Pinheiro em Raphael Miziara compactuam do mesmo entendimento:

41 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas:** análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 30-31.

42 “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”.

43 “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

44 “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”.

[...] Diante da perda superveniente da capacidade econômica, deverá a empresa Cliente postular a resolução do contrato, nos termos do art. 475 do Código Civil ou, caso prefira continuar, é recomendável que exija garantias idôneas por parte da Empresa prestadora de Serviços, conforme disposto no art. 477 do Código Civil.⁴⁵

A esse respeito, Araken de Assis afirma que o legislador conferiu ao lesado a faculdade de resolver o contrato, ou demandar o cumprimento da obrigação que lhe cabe por meio da intervenção estatal e, sobretudo, exigir o que dispõe o art. 389 do Código Civil⁴⁶ acerca do pagamento de perdas e danos⁴⁷. Embora a resolução *ex lege* dos contratos bilaterais ocorra por conta do inadimplemento imputável a uma das partes, a verdade é que somente por meio do ajuizamento de demanda constitutivo negativa é que o contrato, de fato, poderá ser dissolvido.

A segunda alternativa é a retenção dos pagamentos a que faz jus a pessoa jurídica inadimplente, ou, ainda, a exigência de garantia no intuito de que se satisfaçam as prestações a que se obrigou, de acordo com o art. 477 do Código Civil⁴⁸. Para Iuri Pinheiro e Raphael Miziara uma alternativa possível seria condicionar o pagamento dos valores mensalmente entabulados à prévia comprovação de que todos os haveres trabalhistas e obrigações de natureza tributária do mês anterior, por parte da Empresa de Prestação de Serviços. E, caso a Contratada incorra em inadimplemento uma opção possível seria a extinção do contrato, desde que previamente previsto no instrumento contratual⁴⁹. Ainda, os autores supracitados parecem

45 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 138.

46 “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

47 ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 27-28.

48 “Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

49 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 137.

compartilhar do mesmo entendimento ao mencionar exemplos de garantias a serem utilizadas pelas empresas contratantes como forma de prevenir maiores riscos:

[...] a empresa Contratante poderá, para sua maior segurança, exigir uma série de outros requisitos por parte da Empresa Prestadora de Serviços a terceiros, como, por exemplo, alguma espécie de caução, fiança bancária, seguro-garantia. Trata-se, por certo, de faculdade da Contratante e não de obrigação legal, de modo que sua presença tem um único condão de cercar a Contratante de maiores garantias em caso de incapacidade econômica da prestadora.⁵⁰

Dessa forma, em todas as alternativas, pode-se requerer o pagamento de indenização pelas perdas e danos sofridos pela empresa contratante, isto porque, segundo o ilustre mestre Pontes de Miranda: “as perdas e danos são devidas pelo inadimplemento, se, deixando de adimplir, o devedor incorre em mora.”⁵¹. Logo, caso a empresa prestadora de serviços não regularize a situação concernente à capacidade econômica após o requerimento da empresa contratante, constata-se a mora, visto que o requisito de validade é indispensável para manter o contrato hígido. Para Arnaldo Rizzardo, toda vez que houver inadimplemento das obrigações bilaterais o contratante estará autorizado a requerer o ressarcimento, isto é, o pagamento de perdas e danos, e, constituir-se-á em mora caso decorra o tempo apazado para o cumprimento, tendo o direito ao desfazimento da avença:

Em face do inadimplemento das obrigações, autoriza-se o pedido da indenização por perdas e danos. Envolvendo a omissão no cumprimento de uma obrigação bilateral, consubstanciada em contrato, como de compra e venda, de entrega de mercadorias, de confecção de um produto, e depois de decorrido o prazo para o cumprimento, com a devida constituição em mora, se for o caso, admite-se o simples desfazimento da avença, solução esta que não subtrai a faculdade de reclamar o competente ressarcimento pelos

50 Ibidem. p. 137.

51 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, t. XXVI. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoli, 1971. p. 6.

danos.⁵²

Complementando os entendimentos acima descritos, a CONAFRET aduz, ainda, a faculdade se exigir garantia para que se satisfaça o avençado:

Se a perda de capacidade econômica for superveniente à celebração contratual, no curso de sua execução, e sendo possível à contratante aferi-la por medida de fiscalização, cabe-lhe promover a resolução do contrato, na forma do art. 475 do Código Civil, ou exigir da contratada garantia bastante para satisfazer as obrigações legais (o que corresponde à recuperação da capacidade econômica), na forma do art. 477 do Código Civil. Sem adotar medidas dessa natureza, a contratante incorre em violação à tipicidade do contrato de prestação de serviço, na forma do caput do art. 4º-A da Lei 6.019, sujeitando-se, por conseguinte, à condição de empregadora dos trabalhadores envolvidos, por ilicitude ulterior da transferência da atividade terceirizada.⁵³

A ausência de medidas capazes de resolver o contrato ou ao menos garantir a sua execução acabam por conferir à empresa tomadora o *status* de real empregadora dos trabalhadores que lhe prestam serviços. Nesse mesmo sentido, a 6ª Comissão da ANAMATRA aprovou o enunciado n. 79 na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

79. TERCEIRIZAÇÃO: PERDA DA CAPACIDADE ECONÔMICA SUPERVENIENTE A perda da capacidade econômica da empresa prestadora invalida o contrato de prestação de serviços e caracteriza vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso a contratante não adote posturas para preservar o adimplemento contratual.⁵⁴

52 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 459.

53 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas**: análise face à nova regulamentação. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 31.

54 BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**: enunciado n. 79. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 29 set. 2019. p. 17.

Ainda, de acordo com a CONAFRET, a perda superveniente da capacidade econômica pode se dar em face da elevação dos custos contratuais, razão pela qual deve a empresa tomadora promover o equilíbrio contratual por meio de reajustes, a fim de que se evite a descaracterização da terceirização:

Também pode ocorrer que a perda superveniente de capacidade econômica decorra de aumento dos custos contratuais (como a elevação tributária, reajuste do valor salário mínimo, aumento de direitos previstos em normas coletivas etc.), sem o correspondente reajuste do preço contratual, para garantir o equilíbrio econômico do contrato. Nessa hipótese, a perda da capacidade econômica da contratada aproveita à contratante, a quem a norma atribui dever de fiscalização do equilíbrio contratual, sendo, por isso, elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. Para evitar tal situação, deve a empresa contratante zelar pelo equilíbrio econômico do contrato, promovendo o reajustamento do preço do serviço sempre que se tornar insuficiente.⁵⁵

Infere-se que a fiscalização acerca do requisito de validade dos contratos de prestação de serviços deve ser feita mesmo após o ato de contratação, haja vista que incumbe ao contratante o dever de diligência. Logo, a incumbência de promover a *due diligence* de terceiros em fase anterior ao ato de contratação, a fim de se verificar a presença de defeito nulificador do negócio jurídico não se restringe ao momento pré-contratual, como também durante toda a vigência do instrumento.

Oportuno se torna dizer que muito embora a decretação de nulidade dos negócios jurídicos opere efeitos *ex tunc*, isto é, tornando-o inoperante desde a sua gênese, a doutrina compreende que o ato negocial com defeito nulificador existe aparentemente, ainda que com máculas graves no plano da validade surtindo os efeitos almejados pelos contraentes. Ainda, não se pode olvidar que alguns dos efeitos produzidos mereçam ser mantidos. Este parece ser o entendimento do Conselho da Justiça Federal (CJF), no

55 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 32.

que diz respeito ao Enunciado n. 537 aprovado na VI Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses mercedores de tutela.⁵⁶

Indubitável é que terceiros afetados pelo negócio jurídico, mas que de sua celebração não participaram, mereçam ter seus direitos tutelados. Explica-se, no contrato de prestação de serviços incumbe à empresa contratante reter em nome da empresa contratada os valores atinentes às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social, conforme plasmado no art. 5º-A, §5º, *in fine*,⁵⁷ c/c art. 31, §5º⁵⁸ das Leis n. 6.019/1974 e 8.212/1991, respectivamente. Ora, não se pode admitir que ao se decretar a nulidade do contrato de terceirização, operem-se efeitos *ex tunc* em relação às contribuições previdenciárias recolhidas durante toda a vigência do contrato, pois, permitir-se-ia indubitável lesão aos direitos dos trabalhadores que prestaram serviços durante todo o período. Nesse mesmo íterim, não se pode ignorar o recebimento de verbas trabalhistas sejam elas devidamente adimplidas durante o curso da contratação, sejam elas devidas, em razão de eventuais condenações na Justiça do Trabalho, visto que os empregados ao

56 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil: Enunciado nº 537**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>>. Acesso em: 01 nov. 2019. p. 4.

57 “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

§5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991”.

58 “Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.”.

prestarem serviços fazem jus ao recebimento da verba alimentar e seus consectários legais.

Por fim, a interpretação de que seletos efeitos merecem tutela no intuito de serem resguardados, traz à tona a importância de serem levados em consideração os interesses subjacentes aos defeitos nulificadores, em razão do interesse social que permeia a contratação na preservação de direitos de terceiros que não deram ensejo à nulidade do instrumento contratual.



Capítulo 4

DUE DILIGENCE E A IMPORTÂNCIA DAS AUDITORIAS EM UM PROGRAMA DE COMPLIANCE

Em um programa de *compliance* as auditorias possuem papéis amplos, uma vez que não se restringem às análises contábeis, mas visam, sobretudo, conferir maior confiabilidade aos procedimentos reunindo informações úteis relacionadas ao monitoramento do programa de *compliance* e ao gerenciamento de possíveis riscos, seja porque os riscos serão efetivamente identificados com antecedência, seja porque o *compliance officer* poderá adequar, ao caso concreto, novos procedimentos a serem utilizados no intuito de solucioná-los, ou, ao menos, mitigá-los.

A auditoria interna é aquela cuja responsabilidade pertence à equipe de auditores integrantes do quadro de funcionários da Organização ou funcionários com atribuições equivalentes. Por sua vez, a auditoria externa é exercida por auditores externos e independentes, isto é, que não possuam vínculo de emprego com a empresa auditada, considerando-se que a empresa poderá contratar pessoas físicas e jurídicas para auditar. Em apertada síntese, mas não menos importante Célia Lima Negrão e Juliana de Fátima Pontelo¹ explicam que: “O planejamento das auditorias deve estar alinhado aos riscos das organizações e ao acompanhamento dos trabalhos na efetividade das soluções e controles consistentes que, de fato, garantam a busca pela conformidade.”

A função da *due diligence* é verdadeiramente uma atividade de controle em que o profissional responsável pela percepção dos riscos deve associá-los aos reais objetivos traçados pela Organização. A *due diligence* poderá detectar contingências nos âmbitos

1 NEGRÃO, Célia Regina; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. 2. ed. Brasília, DF: Editora Senac, 2017. p. 39

trabalhista, tributário, cível, criminal, ambiental, dentre tantos outros, de acordo com o porte e com as atividades desempenhadas pela empresa, fazendo com que haja redução de custos com serviços de advocacia, custas e despesas processuais e pagamento de indenizações, é o que salienta Marina Grimaldi de Castro:

Ao adotar procedimentos de *compliance*, as sociedades empresárias também conseguem reduzir o número de demandas contra ela movidas e com isso diminuem seus custos com acompanhamento e a extinção desses processos e com a contratação de advogados.²

O desempenho das funções concernentes as auditorias devem ser periódicas, pois é por meio do levantamento de informações, checagem, revisões e monitoramento que será possível mensurar os riscos concretos ou em potencial com antecedência, razão pela qual os auditores devem exercer suas funções de forma cíclica, a fim de que sejam traçados métodos de avaliação de acordo com a área a ser diligenciada.

Na visão de Everson Luiz Breda Carlin, os processos que envolvem a *due diligence* devem seguir um modelo que organize a listagem de informações:

Nos processos de *due diligence*, as solicitações de informações são efetuadas através de um modelo chamado de *check list* (que vem a ser a listagem de informações). Após a sua montagem, inicia-se a fase de revisão das informações que foram preparadas pela empresa avaliada, bem como a fase de pesquisa e coleta de dados complementares. Os documentos podem ser disponibilizados em forma de arquivos, ou em local predeterminado, também chamado de *data room*, (local ou ambiente em que os dados são armazenados), uma opção que garante maiores cuidados quanto ao sigilo e segurança dos documentos.³

Em se tratando da *due diligence*, todo o seu processo deve passar pela documentação de informações e deve ser descrito

-
- 2 DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 173.
 - 3 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações: do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86-87.

minuciosamente, a fim de que o auditor obtenha uma sólida conclusão. Ainda, não é obrigatória a existência de uma equipe responsável pela *due diligence* interna na Organização, embora seja extremamente recomendável visto tratar-se de procedimento periódico.

Destaca-se que mesmo que haja em seu quadro de funcionários uma equipe responsável pela auditoria interna, em se tratando de um programa de *compliance*, é importante que auditorias externas sejam contratadas no intuito de verificar o desempenho das auditorias internas, ratificarem as informações obtidas por estas e, sobretudo, expedir pareceres com recomendações pelas quais o *compliance officer* conjuntamente com os administradores devem discutir a viabilidade de serem adotadas as alterações propostas.

Sendo assim, a razão de ser da *due diligence* nada mais é do que a minimização dos possíveis riscos em que a organização possa enfrentar. A atividade de controle visa garantir antecipadamente que potenciais danos, materiais e imateriais, sejam empecilhos capazes de dificultar ou até mesmo pôr fim às atividades desempenhadas pela empresa auditada.

4.1 Fase pré-contratual e o papel desempenhado pela *due diligence* de terceiros

A *due diligence* de terceiros nada mais é do que uma análise prévia à contratação de um *stakeholder* e deve ser adaptada ao tipo de contratação a que se pretende firmar, neste caso a terceirização de serviços por pessoas jurídicas de direito privado. Na visão de Marcos Assi, a *due diligence* de terceiros é como uma análise aprofundada da empresa que se pretende contratar visando verificar a estrutura dos negócios por ela entabulados, a eticidade de suas práticas e comprometimento com os clientes, dentre outros fatores. Ainda, em se tratando de empresa atuante no ramo das terceirizações de serviços a verificação quanto à pontualidade no que diz respeito ao adimplemento das obrigações trabalhistas, entre outros aspectos para que se possam evitar surpresas desagradáveis

ao longo da contratação⁴. Nesta mesma esteira, o entendimento de Natalia Kusnecov é de que a *due diligence* objetiva esclarecer e obter um histórico acerca do futuro parceiro contratual, sobretudo em relação a sua regularidade societária, jurídica e de mercado:

Um robusto processo de *due diligence* tem por objetivo esclarecer a estrutura societária, situação financeira, empresarial, bem como levantar o histórico legal sobre potenciais agentes e outros parceiros comerciais, de forma a verificar se estes têm histórico de práticas comerciais antiéticas ou que, poderá expor a empresa a um negócio inaceitável ou que envolva riscos legais.⁵

Ao ser considerada a possibilidade de se contratar serviços de empresas terceirizadas, questiona-se inexoravelmente quais os motivos que levaram a esta modalidade de contratação e quais as vantagens e desvantagens incluindo os riscos, advindos da possível contratação. Importante salientar que após a alteração dada à Lei n. 6.019/1974 a contratação de empresas prestadoras de serviços possui requisitos a serem observados cuja inobservância acarretam em prejuízos ao tomador, conforme serão vistos posteriormente.

Verifica-se uma peculiaridade na terceirização de serviços atinente à alta rotatividade de trabalhadores que prestam serviços à empresa, visto que, por se tratarem de trabalhadores terceirizados, a tomadora não possui a faculdade gerir a atividade nem selecionar quais empregados da contratada prestarão o serviço, uma vez que a existência de subordinação e escolha de trabalhadores configura claro vínculo direto de emprego, com fulcro no *caput* do art. 2º, in fine, da CLT⁶.

4 ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/pageid/68>. Acesso em: 10 out. 2019. p. 72.

5 KLEINDIENST, Ana Cristina. **Grandes temas do direito brasileiro: compliance**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935178/pageid/169>. Acesso em 10 out 2019. p. 169.

6 “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”.

Em razão da rotatividade e da impossibilidade de se selecionar os trabalhadores que devem prestar os serviços, a empresa adotante de um programa de *compliance* deve se certificar de que todas as instruções normativas externas e internas estejam sendo passadas aos empregados da *stakeholder*, sobretudo, no intuito de que a cultura de *compliance* não seja disseminada precariamente aos prestadores de serviços. Na opinião de Marcos Assi, caso a rotatividade seja exponencialmente aumentada, constatam-se riscos:

Por natural, se a rotatividade é crescente, também passam a sê-lo os riscos a que a empresa tomadora se expõe, principalmente pela incerteza de que a prestadora de serviços esteja adotando as cautelas esperadas na seleção, no treinamento e na capacitação dos novos empregados, assim como na disseminação de uma cultura ética elevada e do dever de agir, sempre, conforme a lei e os bons costumes no exercício de suas funções.⁷

Em verdade, não se pode concluir que a empresa contratada esteja efetivamente repassando as políticas de *compliance* aos seus funcionários, logo, esta deve ser uma cautela da empresa contratante que possui o dever de fiscalizar e treinar sempre todos os trabalhadores acerca do tema, sobretudo passando as informações aos gestores do contrato acerca da importância que o programa de *compliance* possui para a empresa adotante e os impactos positivos e negativos de sua inobservância. Nesse sentido, portanto, resta ao empregado da tomadora cuja atribuição consista na gestão do contrato o dever de verificar a alternância de trabalhadores terceirizados e informar ao *compliance officer*, a fim de que se estabeleça a frequência dos treinamentos e capacitação a serem promovidos por aquela.

Conforme exposto anteriormente, o legislador introduziu à Lei n. 6.019/1974 requisitos como, por exemplo, o requisito da capacidade econômica que deve ser cumprida pela empresa prestadora de serviços e, igualmente, fiscalizada pela contratante. A inobservância do requisito legal culmina na nulidade contratual e opera efeitos desfavoráveis à empresa tomadora. Logo, deve-

7 ASSI, Marcos. **Compliance**: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/pageid/73>. Acesso em 12 out. 2019. p. 77.

se analisar os requisitos legais, a fim de se evitar fraudes, pois o fenômeno da terceirização embora contribua com o aumento da concorrência e lucratividade e seja um novo sistema de gestão traz consigo riscos àquela empresa que firma contrato com empresa de prestação de serviços. Rodrigo Brandão Fontoura alerta para os riscos potenciais intrínsecos deste tipo de contratação, ainda que se esteja discutindo na seara judicial a nulidade do contrato:

Desse modo, ao contratar uma empresa prestadora de serviços para executar determinada atividade, a empresa tomadora poderá estar trazendo para si todo um passivo trabalhista, imputado por suposta fraude de contratar empresa interposta com o objetivo de burlar a lei laboral e representado por todas as obrigações resultantes do reconhecimento do vínculo empregatício.⁸

Insta esclarecer que a fase pré-contratual concentra um arcabouço de informações prévias que auxiliam a tomada de decisão, posto que possibilita ao contratante conhecer o seu futuro parceiro contratual, a potencialidade dos riscos envolvidos no negócio a ser entabulado, negociações acerca do preço a ser fixado, dentre outras informações que possuam algum relevo. De acordo com o autor supramencionado, a fase pré-contratual pode ser assim resumida:

Preliminarmente, é importante fazer uma observação: a fase pré-contratual da contratação, ou fase de reconhecimento, é tudo aquilo que acontece antes da negociação do contrato e sua consequente assinatura. Não abrange a negociação do instrumento em si e tampouco a fase pós-contratual ou de gestão do contrato. Caracteriza-se pelos chamados procedimentos operacionais preventivos, ou seja, pelas medidas que devem ser tomadas pelas partes antes da contratação efetiva. Destarte, o primeiro procedimento obrigatório para quaisquer empresas que vão contratar é, sem sombra de dúvida, conhecer com que se está contratando.⁹

Ainda, em se tratado de contratação de prestação de serviços, o autor recomenda que se conheça minuciosamente a empresa que se pretenda contratar seja para barganhar em eventual negociação,

8 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171-172.

9 Ibidem, p. 90.

seja para se evitar qualquer situação que culmine em prejuízo, em razão da falta de diligência por parte da empresa contratante¹⁰.

Os procedimentos operacionais preventivos auxiliam a formação do convencimento, uma vez que é durante as tratativas que se obtêm as informações necessárias concernentes ao futuro parceiro contratual e aspectos específicos do negócio que se pretende contratar. No que diz respeito às tratativas, Mariana Pazianotto Deperon, salienta que: “Quanto mais se aprofunda o período de tratativas, mais se consegue vislumbrar o negócio como um todo, e, portanto, admitir sua conclusão; essa dinâmica é verificada na prática.”¹¹.

Insta esclarecer que é de suma importância que na fase das tratativas a contratante faça averiguações por meio do programa de *compliance*, mais precisamente do pilar da *due diligence* de terceiros, isto porque a diligência inicial serve como ferramenta de análise de riscos e de seus fatores na fase anterior ao ato de contratação e de gestão do contrato. Explica-se, quanto mais robustas as informações obtidas, maior será a confiança em celebrar a contratação.

A *due diligence* de terceiros é feita por áreas de riscos, neste caso concentra-se nas características específicas concernentes à contratação de terceiro prestador de serviços. Conforme verificado, os procedimentos operacionais preventivos objetivam resguardar a empresa contratante de potenciais contingências, bem como determina se o contrato deve ou não ser firmado. A depender dos riscos e fatores de riscos detectados, podem-se negociar os preços de execução do contrato, mas sempre de acordo com as métricas de mercado, exigir garantias e, também, a eliminação do risco ou sua redução, a fim de que prossiga com a contratação, é o que afirma Everson Luiz Breda Carlin:

Tal prática permite que as contingências identificadas possam ser consideradas na negociação do preço, no estabelecimento de garantias ou, mais ainda, na identificação de estruturas

10 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171-172.

11 DEPERON, Mariana Pazianotto. **Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121.

negociais alternativas, visando ganhar-se tempo, bem como eliminar ou reduzir o risco de materialização das contingências, resguardando os benefícios e resultados planejados.¹²

Conclui-se que a auditoria prévia deve ser capaz de viabilizar o estudo acerca das cláusulas que devem constar no instrumento contratual, a fim de proporcionar maior segurança na contratação. Portanto, a *due diligence* de terceiros é um processo necessário e de suma importância para que a empresa contratante conheça o *stakeholder* que se pretende contratar e possa mensurar os riscos, a fim de se evitar prejuízos futuros. Para tanto, a atuação do *compliance officer* e dos profissionais responsáveis pelas auditorias internas devem estar alinhadas, no sentido de identificar todo e qualquer risco de *compliance* ligados ao contrato.

4.1.1 A verificação quanto a regularidade societária, jurídica e de mercado

Em se tratando de contratação de prestação de serviços, incumbe à empresa que busca terceirizar suas atividades, deve-se verificar a situação em que se encontra a futura parceira contratual, razão pela qual a *due diligence* de terceiros presta-se a auxiliar a tomada de decisão. Há sociedades empresárias em que os sócios ao efetuarem os atos de constituição subscrevem o valor de suas quotas ou ações, contudo não as integralizam, ou o fazem parcialmente dificultando a verificação da real condição financeira da pessoa jurídica, como, por exemplo, a constatação da existência de ativos suficientes para que haja adimplemento das verbas salariais de seus empregados. A este respeito, Iuri Pinheiro e Raphael afirmam que “[...] o capital social, principalmente se não integralizado, nada representará para fins de preenchimento do requisito de validade contratual ‘capacidade econômica da empresa prestadora de serviços a terceiros’.”¹³. Sabe-se que a integralização do capital social acaba

12 CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações**: do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84

13 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020. p. 85.

por ensejar maior segurança no ato de contratação, uma vez que denota, em tese, que a empresa contratada possui recursos para entabular contratos, embora não se possa presumir, de plano, que tais recursos revelem sua capacidade econômica. A este respeito, inclusive, os autores supracitados obtemperam que:

A contrario sensu, a ausência de capital social mínimo não integralizado pode ser indício (e não presunção) de incapacidade econômica. Da mesma forma, a ausência de capital social mínimo subscrito – requisito formal prévio e indispensável ao funcionamento – gerará uma presunção absoluta de incapacidade econômica, pois a empresa sequer poderia estar em funcionamento.¹⁴

No que concerne à aferição quanto à regularidade societária não demanda maiores esforços e pode ser feita por meio da apresentação da cópia da regularidade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, relação atualizada de empregados contratados por meio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, e a cópia atualizada do Contrato Social da sociedade empresária, fazendo-se o cotejo entre o capital social mínimo exigido pela Lei n. 6.019/1974 e a relação de empregados contratados. Alessandra Souza Costa também acompanha este entendimento:

Dentre os referidos documentos, destacamos:

- Cópia do Contrato Social;
- Cópia do Cartão CNPJ;
- Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) para identificação do valor mínimo do capital social conforme número de empregados; [...].¹⁵

Mister salientar a importância da verificação do contrato social quanto a legitimidade para representar os interesses da empresa prestadora de serviços, caso futuramente o contrato seja assinado, a fim de que não haja nenhum prejuízo às partes. Nesse mesmo diapasão, Rodrigo Brandão Fontoura destaca a importância

14 Ibidem. p. 135.

15 CARVALHO, Zenaide [et al]. **Compliance trabalhista: práticas, riscos e atualidades.** Goiânia: Editora Bssp, 2019. p. 32.

da verificação quanto à legitimidade de representação no que diz respeito à celebração dos contratos:

[...] ao se verificar o contrato ou estatuto social da empresa, pode-se verificar também quem são as pessoas legitimadas a representá-la perante terceiros na assinatura de contratos. A maioria das empresas condiciona a validade de quaisquer instrumentos que lhes tragam ônus à assinatura de pelo menos dois diretores estatutários. Dessa forma, pode ser verificado se os signatários do contrato de prestação de serviços efetivamente possuem poderes para assiná-lo, evitando assim eventual discussão futura que traria prejuízos às partes. Estes, portanto, são os objetivos da verificação da regularidade societária¹⁶.

A regularidade jurídica está intrinsecamente ligada ao cumprimento de obrigações legais, pois o descumprimento de algumas obrigações por parte da contratada condiciona ao contratante a responsabilidade pelo adimplemento destas. Portanto, a empresa tomadora deve requerer a entrega de certidões tais como a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, certidão que comprove a regularidade da contratada perante o Instituto Nacional de Seguridade Social, certidões que comprovem a inexistência de débitos fiscais, Certidão de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, certidão negativa quanto à falência, comprovação de que a pessoa jurídica não responde judicialmente por inadimplência de verbas trabalhistas ou rescisórias, dentre outras certidões que possam mitigar os riscos provenientes da celebração do contrato. Destaca-se que os documentos e certidões acima elencados são apenas alguns exemplos de importantes informações que devem ser extraídas da futura parceira contratual.

Todavia, insta esclarecer que as diligências supramencionadas não são suficientes para que a empresa contratante se sinta segura em firmar contrato com a prestadora de serviços. Logo, faz-se necessária a análise quanto à regularidade de mercado que consiste na verificação da idoneidade e capacidade econômica. Em relação à idoneidade, verifica-se se há inadimplência ou qualquer tipo de pendência capaz de provocar prejuízos em razão de sua contratação.

16 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

Para tanto, é importante ter conhecimento da reputação da futura contratada frente aos seus parceiros contratuais. Em verdade, a averiguação quanto à idoneidade da empresa prestadora de serviços é incumbência essencial da tomadora, posto que o STF ao julgar a ADPF n. 324 atribuiu à empresa tomadora a obrigação de verificar não apenas a capacidade econômica, mas também a idoneidade da contratada, conforme visto em momento oportuno.

Fabrizio Lima Silva e Iuri Pinheiro explicam que após o julgamento da ADPF nº 324, compete à contratante a verificação não somente da capacidade econômica da contratada, mas, sobretudo, quanto sua idoneidade:

Inicialmente, caso a empresa prestadora de serviços não possua prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); registro na junta comercial; capital social compatível com o número de empregado ou como contratada, pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalho sem vínculo empregatício, salvo nos casos dos titulares e/ou sócio forem aposentados, a terceirização poderá ser considerada ilícita (arts. 4º-B e 5º-C da Lei 6.019/74).¹⁷

Após a verificação da regularidade societária e jurídica, a *due diligence* de terceiros deve sanar quaisquer dúvidas relacionadas à capacidade econômica da futura contratada. Isto porque a sua inobservância, conforme visto culmina em fraude contratual e traz consigo consequências para a contratante. Conforme visto anteriormente a capacidade econômica consiste, em suma, em meios de garantir de execução do contrato.

Outrossim, busca-se verificar se o preço pactuado no instrumento contratual é capaz de cobrir todos os custos do contrato, bem como garantir sua exequibilidade, pois se reputa fraudulento o pagamento de preço irrisório, isto é, incapaz de cobrir os gastos e comprometê-lo de forma intencional, seja o pagamento dos haveres trabalhistas, seja porque a intermediação de mão de obra serviria como forma de burlar o vínculo de emprego, pois a tomadora, em

17 SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. Manual do compliance: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodvm. 2020. p. 477.

detrimento do próprio lucro, utilizar-se-ia de mão de obra barata e não assumiria os riscos da atividade diretamente, uma vez que sua responsabilidade seria subsidiária em relação à empresa contratada contrariando, portanto, a lógica do art. 2º da CLT¹⁸.

Por fim, convém destacar que os procedimentos variam de acordo com as particularidades apresentadas no caso concreto, visto que o programa de *compliance* não é estático, isto é, compreende-se que os procedimentos adotados pela Organização devem variar e se adequar à realidade de cada contratação, sobretudo porque as ferramentas de controle dos riscos adaptam-se ao tipo de risco que se pretende investigar.

4.2 A verificação periódica quanto à capacidade econômica e o capital social mínimo durante a vigência do contrato por meio da *due diligence*

A responsabilidade da tomadora de serviços não se resume à fase de pré-contratação, isto porque o requisito de validade da capacidade econômica e o capital social são passíveis de variação. Explica-se, a capacidade econômica pode sofrer variação em decorrência de alguns fatores, entre eles o aumento dos custos que envolvem o contrato.

Durante sua vigência, deve-se utilizar a *due diligence* periodicamente, uma vez que podem ocorrer aumentos que contribuam com a perda superveniente da capacidade econômica, como exemplo, pode-se citar o aumento da carga tributária, reajustes salariais a que os empregados da prestadora de serviços fazem jus, pagamento de indenizações trabalhistas e penhoras capazes de garantir a execução, dentre outros fatores que atingem diretamente a capacidade econômica da prestadora de serviços. Sendo assim, é indispensável que haja reajuste do preço entabulado, pois há de garantir o equilíbrio econômico do contrato. A CONAFRET, coordenadoria vinculada ao Ministério Público do Trabalho

18 “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”.

afirma ser obrigação da empresa contratante fiscalizar o equilíbrio econômico do contrato, e, em sendo o caso, reajustá-lo:

Nessa hipótese, a perda da capacidade econômica da contratada aproveita à contratante, a quem a norma atribui dever de fiscalização do equilíbrio contratual, sendo, por isso, elemento suficiente para descaracterizar a prestação de serviço. Para evitar tal situação, deve a empresa contratante zelar pelo equilíbrio econômico do contrato, promovendo o reajustamento do preço do serviço sempre que se tornar insuficiente.¹⁹

Neste caso, não se tratando de empregador inadimplente contumaz, a mera ausência de pagamento das verbas trabalhistas a que os empregados da prestadora fazem jus, não configura, *ipso facto*, a fraude, mas serve como indício da perda de capacidade econômica da parceira contratual. Contudo, se a contratante sabedora de sua condição de fiscalizadora não estabelece um reajuste capaz de devolver o equilíbrio econômico do contrato, entende-se que há ilicitude, pois, a perda da capacidade econômica aproveita à empresa tomadora.

A *due diligence* periódica, nesse sentido, visa obter informações concernentes à solidez financeira da parceira contratual, visto que a sua inobservância prejudica a contratada que deverá arcar com os riscos inerentes ao contrato. Rafael da Silva Marques preleciona que independentemente de haver cláusula expressa, a falta de solidez financeira culmina na elisão do negócio jurídico:

Caberá, ainda, à tomadora, no decorrer da execução do contrato, fiscalizar se permanecem as condições econômicas de solidez financeira, a fim de seguir com o acertado. Do contrário, caberá, por inobservância do artigo 4º-A da Lei n. 6.019/1974, o rompimento do contrato por parte da tomadora, em razão do desrespeito à regra legal, independentemente de constar esse acerto no contrato. E, em não o fazendo, corre o risco de ver contra si, como está dito abaixo, o reconhecimento do vínculo de emprego direto, com condenação solidária da empresa prestadora.²⁰

19 EMEDIATO, Geraldo et al. **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação.** Brasília, Gráfica Movimento, 2017. p. 32.

20 MARQUES, Rafael da Silva. **A terceirização e o novo requisito da capacidade econômica da empresa prestadora.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.

Curial enfatizar que a ISO 19600:2014 (E), ao enfrentar o tema de processos ou atividades delegadas às empresas terceirizadas no item 8.3, esclarece que as monitorias devem ser constantes, a fim de que obtenha um maior controle destas:

The organization should ensure that outsourced processes are controlled and monitored.

Outsourcing of an organization's operations usually does not relieve the organization of its legal responsibilities or compliance obligations. If there is any outsourcing of the organization's activities, the organization needs to undertake effective due diligence to ensure that its standards and commitment to compliance will not be lowered.^{21 22}

Nesse mesmo diapasão, a norma supramencionada estabelece no item 5.3.5, alínea "I" que versa sobre as "*Management Responsibilities*"²³ que os acordos de terceirização devem ser supervisionados, a fim de que levem em conta as obrigações de conformidade, isto é, que as contratações de empresas de prestação de serviços terceirizados estejam sempre em conformidade. Nesse caso, não apenas a fase pré-contratual como também durante toda a vigência do contrato, deve-se estar de acordo com os requisitos expressamente previstos na Lei n. 6.019/1974, que hodiernamente regulamenta a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

Trata-se, em verdade, de um risco efetivo a qual é intrínseco a este tipo de contrato, uma vez que ao alterar a legislação e regulamentar a matéria, o parlamento atribuiu à capacidade econômica o *status* de requisito de validade do ato negocial e,

Região. Belo Horizonte, v. 65, n. 99, jan./jun. 2019. p. 130

21 "A organização deve garantir que os processos terceirizados sejam controlados e monitorados.

A terceirização das operações de uma organização geralmente não isenta a organização de suas responsabilidades legais ou obrigações de conformidade. Se houver alguma terceirização das atividades da organização, a organização precisa realizar uma due diligence eficaz para garantir que seus padrões e compromisso com a conformidade não sejam reduzidos." (Tradução nossa)

22 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 19600**: Compliance management systems: Guidelines. Genebra: ISO, 2014. Disponível em: <https://portaldagestaoderiscos.com/cases-artigos/>. Acesso em: 14 out. 2019. p. 20.

23 "Responsabilidades de Gerenciamento" (Tradução nossa).

portanto, a falta de fiscalização ou tomada de medida capaz de sanar o vício imputa à empresa contratante, indiligente, o reconhecimento de vínculo de emprego e a principal responsável pelas verbas trabalhistas de todos aqueles empregados que lhe prestaram serviços nas condições de trabalhadores terceirizados, visto que a contratação se deu de forma fraudulenta e, portanto, em total desconformidade com à legislação.

No que diz respeito ao capital social, o legislador definiu parâmetros mínimos exigidos das empresas prestadoras de serviços e, embora não se trate de um requisito de validade do ato negocial, o legislador atribuiu o *status* de requisito de funcionamento dessas empresas conjuntamente com outros aspectos a serem confirmados no ato da contratação por parte da empresa terceirizante. Logo, o capital social em desconformidade com os parâmetros do art. 4º-B, inc. III e alíneas além de impedir que a empresa continue contratando, pode acarretar na dificuldade de honrar com suas obrigações, pois, por exemplo, uma empresa de prestação de serviços cujo capital social esteja aquém do imposto pelo legislador em relação ao número de contratos de trabalho vigentes pode futuramente culminar em inadimplência das verbas salariais e até mesmo perda da capacidade econômica que terá por consequência a empresa contratante terá a responsabilidade subsidiária pelas verbas alimentares inadimplidas. Ainda, se o tomador de serviços não verificar a tempo tal fator de risco, resultará na sua responsabilidade solidária, pois, nesse caso, considera-se fraude à legislação trabalhista.

A *due diligence* trabalha com amostragens o que permite aferir quais são os fatores de risco, bem como os riscos concretamente envolvidos, de acordo com o objeto em análise, logo, não apenas a capacidade econômica pode ser verificada, como também o capital social da empresa contrata, pois este é aferível facilmente, uma vez que basta que se verifique o número de empregados que mantêm contrato de trabalho vigente à época da *due diligence* periódica. Outrossim, a verificação quanto à capacidade econômica, conforme visto anteriormente, pode-se fazer o cotejo entre o preço pago pela prestação de serviços e se este precisa ser reajustado em face de

possível desequilíbrio econômico-contratual, bem como se há vestígios de passivos em âmbito trabalhista, fiscal, previdenciário, comercial, dentre outros, que causem risco de inadimplemento contratual, este entendimento inclusive deita duas raízes no enunciado 78 da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA.

As amostragens não acarretam dispêndio de tempo e dinheiro por parte do setor responsável pelas *due diligences* tendo em vista que a obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas e demais documentos que os auditores julgarem necessários podem e devem estar clausulados no instrumento contratual seja porque a empresa contratada, ao firmar o contrato, obriga-se a apresentar toda e qualquer documentação a que a contratante julgue indispensável, seja porque ao contratar com uma empresa que tenha adotado um programa de *compliance*, presume-se que o dever de transparência, boa-fé objetiva e o comprometimento de estar em conformidade constituem requisitos basilares para que haja contratação.

Portanto, é solar a incumbência do setor responsável pelas auditorias internas de traçar os riscos que envolvem a perda da capacidade econômica superveniente, bem como a existência de capital social em total descompasso com a Lei n. 6.019/1974. Em que pese os requisitos de validade e de funcionamento da empresa prestadora de serviços tenham sido adicionadas recentemente pelas Leis nº 13.429 e 13.467, ambas de 2017, constata-se que a falta de diligência por parte da tomadora de serviços culmina em prejuízos financeiros e até mesmo danos à sua imagem. Não se pode olvidar, contudo, que ao estabelecer esses requisitos, o legislador acabou por dificultar o surgimento e a permanência de empresas prestadoras de serviços carentes de solidez financeira para se manterem no mercado, porém, igualmente, não eximiu o contratante das responsabilidades de uma contratação diligenciada e muito bem delineada, razões essas que são perfeitamente compreensíveis para as empresas adotantes de programas de *compliance*, haja vista que a integridade e a necessidade de “estar em conformidade” é uma das razões de ser do programa.

4.3 Cláusulas de condições preambulares, específicas e gerais em um contrato de prestação de serviços terceirizados

Ao elaborar o contrato de prestação de serviços, o *compliance officer* deve identificar quais os riscos que devem ser mitigados. Para tanto, convém frisar a importância de se especificar os serviços a que a contratada se compromete a realizar já no título do instrumento contratual, visto que o art. 5º-B, inc. II da Lei n. 6.019/1974²⁴ aduz a necessidade de especificação dos serviços. Esclarece-se que a informação merece destaque de plano, pois, por vezes, a empresa contrata obriga-se a prestar obrigações acessórias além da prestação de serviços em si, razão pela qual a transparência quanto ao objeto da contratação deve ser primordial em um programa de *compliance*.

Outrossim, no preâmbulo as partes devem ser devidamente qualificadas contendo todas as informações necessárias à contratação, como por exemplo, o CNPJ, firma ou denominação social, local em que a sociedade está localizada, telefones, endereço eletrônico, dentre outras informações que sejam julgadas essenciais à qualificação da futura *stakeholder*.

Em se tratando de contratação serviços prestados por empresas terceirizadas, atenta-se ao fato de que após as informações preambulares, deve-se consignar um espaço denominado *Consideranda*, isto é, um espaço dedicado à síntese do motivo pelo qual se buscou contratar a prestação dos serviços da contratada devendo ser assinado pelas partes e por testemunhas. Na visão de Rodrigo Brandão Fontoura os *consideranda* é indispensável, pois: “é exatamente nos *Consideranda* que se estabelece a lógica da avença, descrevendo-se o porquê da contratação naqueles determinados termos e naquelas específicas condições. E isso é imprescindível.”²⁵

Nesse mesmo diapasão, o autor ainda informa que o espaço dedicado ao *Consideranda* possui o condão de facilitar a interpretação por parte do magistrado quanto aos termos entabulados fazendo

24 “Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
II - especificação do serviço a ser prestado;[.]”.

25 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

com que este identifique a razão de ser da contratação, caso haja necessidade de ajuizar demanda em desfavor da contratada em razão de inadimplemento contratual ou necessidade de pagamento de indenização por uma das partes “Ora, se houver no contrato um *Consideranda* logico, didático e claro, não há motivo para disputar o convencimento do juiz, que pela simples leitura saberá qual foi a verdadeira intenção das partes ao realizar o pacto e poderá decidir com muito mais segurança.”²⁶. Estas, portanto, podem ser consideradas as Condições Preliminares a que se submetem as partes.

Após o título e preâmbulo, trata-se das Condições Específicas do contrato e que sofrem variações a depender do tipo de serviço a ser prestado. A definição do objeto é de fundamental importância e merece ser extremamente detalhado incluindo todas as eventuais especificidades a que se submete à empresa contratada, sobretudo em relação à execução do contrato, mesmo porque o legislador ao facultar a contratação de empresa de terceirização com escopo de executar a atividade-meio ou principal da empresa revela a necessidade de que no instrumento contratual haja consignação de cláusula que preveja expressamente quais os serviços que serão desempenhados por aquela, conforme determinação prevista no art. 5º-B, inc. II²⁷ da Lei 6.019/1974. Destaca-se que a depender da complexidade dos serviços, pode-se utilizar um instrumento anexo para que se trate de forma pormenorizada e equânime todas as especificidades envolvendo as prestações atinentes a prestadora e as contraprestações a que propõe a contratante.

Após a elaboração da cláusula prevendo o objeto, parte-se para a estipulação da remuneração a que se compromete a contratante e, em se tratando de terceirização, esta cláusula merece muita parcimônia, visto que o pagamento sabidamente irrisório ou muito aquém do praticado no mercado é capaz de ensejar responsabilidade solidária da contratante quanto a eventuais débitos de natureza salarial e reconhecimento de vínculo de emprego entre

26 Ibidem, p. 53.

27 Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
II - especificação do serviço a ser prestado; [...]”.

os empregados da empresa de terceirização e a tomadora da mão de obra cujas atividades tenham exercido em favor desta, uma vez que se busca vedar a utilização da intermediação da mão de obra fraudulenta, este inclusive é o posicionamento da ANAMATRA e do MPT, conforme explicitado em capítulo anterior. Igualmente, estipulam-se as condições e periodicidade de pagamento, bem como o reajuste anual e a repactuação dos valores no intuito de promover o equilíbrio contratual.

No que diz respeito à cláusula de repactuação dos valores, deve-se atentar ao fato de que se trata de um ato bilateral e que pode ser suscitado por qualquer das partes, em especial a contratada. Isto porque, a onerosidade excessiva do contrato pode culminar na perda superveniente da capacidade econômica, conforme visto em capítulo oportuno, resultando na responsabilidade solidária e reconhecimento de vínculo de emprego com os empregados contratados pela prestadora de serviços. Logo, o art. 478 do Código Civil²⁸ pode ser invocado no intuito de se optar pela resolução do contrato, ou a continuidade da prestação de serviços; nesse caso as partes devem estipular condições que prevejam o equilíbrio econômico do contrato, a fim de se evitar onerosidade excessiva para uma das partes ou perda superveniente da capacidade econômica por parte da empresa prestadora de serviços. Em verdade, a cláusula em comento não exige a empresa contratante da responsabilidade de contratar empresa cujo requisito de validade contratual esteja imaculado, todavia em caso de eventual perda de capacidade econômica da *stakeholder*, pode-se ao menos manter a contratação com esta sem que seja necessário resolver o contrato de plano, haja vista que a contratação da prestadora de serviços auxilia a contratante em algum sentido nas atividades desenvolvidas por aquela. Porém, insta alertar que a invocação da cláusula de reequilíbrio contratual deve ser analisada mais profundamente nas *due diligences*, visto que

28 “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”.

pode ser o início do indício de que a prestadora futuramente não terá mais condições de executar o entabulado entre as partes.

Quanto ao prazo, precisa-se definir a natureza do contrato, isto é, se o contrato será de execução de natureza continuada ou imediata. Explica-se, no contrato de execução continuada pode contar prazo determinado ou indeterminado já que a prestação de serviços se prolonga no tempo; já o contrato cuja execução de se dê de forma imediata, a prestação de serviços não se prolonga no tempo, uma vez que ao ser executada a demanda específica a contratação é extinta, nesse caso o legislador indica que no contrato deve haver cláusula expressa quanto ao prazo de realização dos serviços, conforme o inc. III do art. 5º-B²⁹.

No que diz respeito ao contrato cuja execução seja continuada, o art. 598 do Código Civil³⁰ deixa claro que o prazo não pode ser superior a quatro anos, a fim de se evitar a vinculação vitalícia do prestador de serviços (*nemo potest locare opus in perpetuum*). A esse respeito o CJF aprovou durante a I Jornada de Direito Comercial o enunciado n. 32 que permite a contratação de empresa prestadora de serviços cujo termo seja superior a quatro anos, contudo, desde que a contratação se dê por pessoas jurídicas e a função econômica do contrato esteja relacionada com a exploração de atividade empresarial:

32. Nos contratos de prestação de serviços nos quais as partes contratantes são empresários e a função econômica do contrato está relacionada com a exploração de atividade empresarial, as partes podem pactuar prazo superior a quatro anos, dadas as especificidades da natureza do serviço a ser prestado, sem constituir violação do disposto no art. 598 do Código Civil.³¹

29 “Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;”.

30 “Art. 598. A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.”.

31 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial**: Enunciado nº 32. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial>. Acesso em: 01 nov. 2019. p. 54.

Rodrigo Fontoura Brandão, ao se referir sobre o enunciado supratranscrito, afirma que mesmo antes da manifestação do CJF quanto a esta celeuma, entabulavam-se contratos de prestação de serviços cujo termo ultrapassava o disposto expressamente no Código Civil:

Ressalte-se que referido entendimento originou-se exatamente do fato de que a prática contrariava constantemente a teoria, pois inúmeros contratos eram firmados por prazos superiores a quatro anos, acometendo aos signatários a dúvida sobre sua validade³².

Quanto à extinção do contrato, o Código Civil Brasileiro prevê algumas hipóteses tais como a morte de qualquer das partes; quando o contrato chega ao seu termo seja porque se trata de contrato de execução imediata em razão do cumprimento das obrigações avençadas, seja porque o contrato de execução continuada alcança o termo aprazado pelas partes; pela rescisão do contrato mediante aviso prévio e pelo inadimplemento de qualquer dos contratantes e por motivo de força maior, caso em que se configura a impossibilidade da continuação do contrato. Quanto à morte de qualquer das partes, importa grifar que o art. 5º-A, *caput*,³³ introduzido pela Reforma Trabalhista, prevê a possibilidade do contratante ser pessoa física, sendo assim a sua morte automaticamente acarreta na extinção contratual. Ainda, a este respeito, a doutrina analogicamente interpreta o pedido de falência; o pedido de recuperação judicial e extrajudicial e o pedido de liquidação judicial e extrajudicial como hipóteses plausíveis de extinção do contrato³⁴, mas não obrigatórias, visto que tais

32 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 62.

33 “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.”.

34 A este respeito, Rodrigo Brandão Fontoura interpreta a falência; liquidação judicial e extrajudicial e recuperação judicial e extrajudicial como forma de extinção do contrato analogicamente com a previsão fatalística da morte de uma das partes, pois, segundo o autor, esta interpretação acarreta em maior aproveitamento prático às partes. Concorde-se, portanto, que por se tratarem de fatores de risco de inadimplemento, a cláusula que prevê a extinção nessas hipóteses análogas vai ao encontro com a cultura de mitigação de riscos a que se propõe o programa de compliance sendo

institutos aduzem a alta probabilidade de que a parceira contratual não terá condições de honrar com as prestações ou contraprestações avançadas. Outrossim, o art. 599, *caput*, do Código Civil³⁵ permite a rescisão unilateral do contrato por uma das partes, desde que não haja prazo determinado e que a parte interessada em resilir dê prévio aviso a parceira contratual.

Embora facultativas, as cláusulas penais são instrumentos importantes e devem ser consignados no intuito de resguardar o credor de eventuais inadimplementos e se subdividem em compensatórias e moratórias. A cláusula penal compensatória diz respeito às hipóteses de inadimplemento total das obrigações principais ou acessórias cujo teto não pode ultrapassar o valor da própria prestação inadimplida, com base no art. 412, do Código Civil³⁶. É igualmente importante a consignação da cláusula penal moratória pelo inadimplemento parcial, isto é, em razão da configuração da mora em que incorre o devedor objetivando intimidá-lo no que diz respeito a possíveis atrasos, com fulcro no art. 409 do Código Civil³⁷. Lavínia Cavalcanti Lima Cunha explica que “Ainda que referente a um incumprimento temporário, a primeira consequência da mora é a reparação dos danos causados.”³⁸. Resta clara a importância da inclusão da cláusula em comento.

Contudo, caso seja estipulada cláusula penal compensatória, o credor renuncia o direito de pleitear indenização por perdas e danos, visto que estes já estão incluídos na prefixação da cláusula em comento, salvo a consignação de cláusula cuja previsão verse acerca de indenização suplementar a ser provada em juízo, já que o

proveitosa a sua inclusão no instrumento contratual.

35 “Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode resolver o contrato.”

36 “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

37 “Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.”

38 CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. **Obrigações e o cumprimento defeituoso**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 139.

parágrafo único do art. 416 do Código Civil³⁹ cria um óbice quanto pagamento de indenização suplementar, caso seja prevista apenas cláusula penal compensatória sem a devida ressalva configurando renúncia tácita.

Quanto às cláusulas concernentes às condições gerais, pode-se identificar a necessidade de consignação da cláusula de vedação à cessão contratual sem aquiescência de um dos contraentes, com fulcro no art. 605 do Código Civil⁴⁰, isto é, a cláusula cria óbice à cessão contratual sem a anuência de ambas as partes. A inclusão da cláusula é importante, visto que a contratação de prestação de serviços leva em consideração a *expertise*, confiança e técnica empregada pela contratada. Ainda, facultativamente os contraentes podem inserir cláusula que preveja a inserção de aditivos contratuais no intuito de retificar o instrumento contratual acrescentando ou reduzindo informações que as partes julguem pertinentes. Deve-se incluir cláusula que verse sobre os meios empregados para se efetuar a transmissão de informações entre os contraentes durante a vigência do contrato. Salienta-se que os meios empregados para se transmitir as informações variam e devem ser adequadas o suficiente para que não haja qualquer ruído de comunicação.

Por se tratarem de direito e obrigações recíprocas, os contraentes podem consignar cláusula prevendo a eleição de foro prevista no art. 63 do Código de Processo Civil cuja razão de ser é a prévia identificação do local em que eventual processo tramitará, caso as partes litiguem. Humberto Theodoro Júnior ao discorrer acerca do foro de eleição sintetiza-o da seguinte forma:

O foro de eleição é um ajuste expressamente autorizado pelo art. 63 do NCPC, para alterar a competência em razão do valor e do território, em relação às ações oriundas de direitos e

39 “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

40 “Art. 605. Nem aquele a quem os serviços são prestados, poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados, nem o prestador de serviços, sem aprazimento da outra parte, dar substituto que os preste.”

obrigações, nos limites do negócio jurídico em que a cláusula for inserida.⁴¹

Igualmente, pode-se incluir cláusula compromissória de arbitragem a depender da disponibilidade de recursos que os contraentes disponham. E, por último, mas não menos importante, é dever da empresa contratante eleger um gestor da área a ser terceirizada que tem como atribuição precípua de fiscalização e transmissão de informações acerca da prestação de serviços aos superiores hierárquicos da empresa, bem como ao *compliance officer* e a contratada.

Sendo assim, conclui-se que muito mais que observar os requisitos de validade e de funcionamento da empresa prestadora de serviços, em se tratando de empresa adotante de programa de *compliance*, incumbe ao *compliance officer* instituir cláusulas cuja natureza seja mitigatória de riscos que envolvam a modalidade de contratação, observando-se os detalhes concernentes ao objeto da avença e demais informações que sejam essenciais ao bom desenvolvimento do negócio jurídico, a fim de que a empresa tomadora de serviços seja resguardada de infortúnios promovidos pela ausência de diligências.

4.3.1 Cláusulas mitigatórias de potenciais riscos

Em se tratando de empresa tomadora cujo programa de *compliance* tenha sido adotado, há cláusulas indispensáveis no que diz respeito à contratação de prestação de serviços. Conforme visto em capítulos anteriores, há riscos que devem ser mitigados, a fim de que a empresa contratante não seja solidariamente responsabilizada quanto aos haveres trabalhistas inadimplidos pela prestadora de serviços, bem como reconhecimento de vínculo de emprego. Contudo, os potenciais riscos não se resumem aos supramencionados, pois há riscos de outras naturezas e que devem ser mitigados, razão pela qual a tarefa do *compliance officer* e da

41 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 260.

pessoa responsável por gerir o contrato deve ser a de inculpir cláusulas cujo intuito seja a preservação da empresa tomadora de serviços, mas, além disso, busca-se celebrar contrato com uma *stakeholder* idônea, responsável e interessada contribuir com a eficiência e eficácia do programa.

Primeiramente, a empresa tomadora deve se certificar de que a *stakeholder* prestadora de serviços compreende que aquela possui um programa de *compliance* implementado ou em vias de implementação e, ao firmar o contrato, submete-se às regras e aos pilares propostos pela contratante. Por isso, é de suma importância a consignação de uma cláusula que preveja a submissão da contratada ao código de conduta da empresa contratante no intuito de que aquela seja inserida na cultura organizacional que reflete os valores, transparência, boa-fé e idoneidade, princípios éticos na forma como são desenvolvidas as atividades e no relacionamento entre as partes envolvidas. Ainda, a contratada deve ser esclarecida sobre as consequências a que se submete em caso de violação de alguma das diretrizes traçadas pelo código de conduta, bem como das políticas de *Compliance*.

Outra cláusula igualmente importante é a do Canal de Denúncias ou Cláusula *whistle blowing*, pois possibilita que todos os interessados possam advertir a tomadora acerca de qualquer irregularidade. Contudo, conforme visto em capítulo oportuno, a inadimplência salarial por parte da *stakeholder*, sobretudo se for considerada devedora contumaz, denota sua incapacidade econômica. Neste caso, a fim de que se evite a responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas inadimplidas, em face da condenação da parceira contratual na esfera judicial. O Canal de Denúncias pode ser usado pelos empregados da prestadora de serviços no intuito de reportar o inadimplemento de seus haveres e outras irregularidades, como por exemplo, a não entrega de Equipamento de Proteção Individual (EPI). O recebimento da informação pelo setor responsável é de suma importância, uma vez possibilita ao *compliance officer* a gestão do risco com certa previsibilidade. Nesta mesma esteira, Danilo Tavares Paiva e Mariana Martins do Lago Albuquerque Pegoraro justificam que:

O canal de denúncia do whistleblower é considerado por especialistas de compliance como o mais eficaz para revelar condutas indevidas. Também, é considerado mais seguro aos interesses da pessoa jurídica, pois, ao acessar primeiro o conteúdo do reporte, a empresa terá melhor controle sobre os fatos e, conseqüentemente, poderá decidir com mais cuidado quanto à destinação da informação recebida; [...].⁴²

Em se tratando de contratação de serviço em que se necessite singular técnica de execução, a perda superveniente da capacidade técnica representa grande impacto na vigência do contrato, visto que a ausência de profissional qualificado prejudica a execução da atividade da contratante, seja a atividade-meio, seja a atividade-fim. Nesse mesmo diapasão a perda superveniente da capacidade econômica da *stakeholder*, se não houver reajuste capaz de garantir o equilíbrio contratual, culmina na intermediação fraudulenta de mão de obra. Outrossim, a verificação de fatos desabonadores acerca da idoneidade da prestadora de serviços, caso constatados junto aos seus parceiros contratuais e que indiquem risco de inadimplemento contratual não devem ser tolerados, a fim de se garantir a continuidade salutar da contratação. Segundo Rodrigo Brandão Fontoura, estes são considerados fatores extintivos do contrato:

Por outro lado, a ocorrência de fatos ou circunstâncias que desabonem a idoneidade ou que comprometam a capacidade econômica, financeira ou técnica das partes já compõe um grupo diferente de fatores extintivos: os que constatarem informalmente a possibilidade de a empresa prestadora ou tomadora de serviços não honrar sua parte na avença. Essa não é uma cláusula comum, mas é extremamente prática no dia a dia dos negócios, na medida em que também possibilita a extinção do pacto, sem a necessidade da tipificação do inadimplemento absoluto ou da mora no contrato firmado.⁴³

Logo, pode-se considerar que grupo de fatores extintivos acima identificados, ainda que informalmente, pode evidenciar

42 LAMY, Eduardo (Org.). **Compliance**: aspectos polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 55.

43 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

futuro inadimplemento contratual, razão pela qual se busca a extinção do contrato como forma de mitigar os riscos. Faz-se necessária a inclusão de cláusula que preveja a resolução convencional do contrato, em razão de fato posterior à celebração. Para tanto, consigna-se uma cláusula resolutiva em que seja assegurado ao contratante o direito potestativo de resolver o contrato. Adverte-se, porém, que por se tratar de cláusula resolutiva, incumbe ao contratante a faculdade resolver o contrato, e não se trata de uma resolução *ipso iure*, visto não se tratar de condição extintiva. Explica-se, a perda superveniente da capacidade econômica pode ser resolvida com o reajuste do valor a ser pago pela prestação dos serviços no intuito de reestabelecer o equilíbrio contratual e a perda superveniente da capacidade técnica pode ser resolvida por meio de contratação de profissional com a capacidade técnica exigida por parte da contratada, salvo se a própria pessoa jurídica perder alvará, licença ou qualquer outro instrumento que permita a realização da atividade. Quanto à idoneidade, a empresa prestadora de serviços pode honrar suas obrigações com seus parceiros contratuais por meio de acordos e parcelamentos. Inacio de Carvalho Neto sintetiza a cláusula em comento da seguinte forma: “na cláusula resolutiva, os contratantes acordam em que, verificado certo fato, um deles pode, se quiser, resolver o contrato.”⁴⁴. Portanto, o ato volitivo advindo da cláusula resolutiva serve como importante mecanismo de mitigação de riscos a depender das circunstâncias e dos fatos concretos.

Dependendo das atividades desempenhadas pela tomadora, pode-se consignar acordo ou cláusula de confidencialidade, também conhecida como *non disclosure agreements*. Logo, a contratante deve definir quais são as informações consideradas sigilosas e que não podem ser divulgadas ou utilizadas para prejudicar a contratante, bem como identificar quais os cargos dos funcionários, representantes ou prepostos da empresa prestadora de serviços que se submetem à responsabilização pelo vazamento das informações.

44 CARVALHO NETO, Inacio de. **Extinção indireta das obrigações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 210.

Rodrigo Brandão Fontoura assevera a importância do *non disclosure agreements*:

A confidencialidade nos contratos é um instituto que está se tornando cada vez mais comum no Brasil. Nesse sentido, os pactos jurídicos para a formalização de negócios no país ganharam a influência dos instrumentos contratuais estrangeiros, principalmente os que se originam na doutrina jurídica do *common law*, oriundos dos países anglo-saxões. Assim, sob a influência da doutrina estrangeira, os pactos negociais nacionais herdaram de seus irmãos globalizados a precaução jurídica refletida nos *non disclosure agreements* (ou acordos de não divulgação), cujo objetivo principal seria o de evitar que as partes envolvidas divulgassem informações consideradas confidenciais na execução de determinado negócio ou pudessem utilizar o conhecimento dessa operação sigilosa para, de alguma forma, prejudicá-la.⁴⁵

Mas, não basta a inclusão da cláusula supramencionada se não houver previsão de penalidade pelo vazamento visual, oral ou de forma tangível por meio de documentos físicos ou digitais, razão pela qual se deve incluir a cláusula de imposição de multa por quebra de sigilo ou *enforceable penalty* que, como ensina o doutrinador supracitado, consiste na prefixação de multa cujo objetivo é indenizar a parte lesada sem que se necessite comprovar os prejuízos sofridos:

Assim, a sugestão para tentar contornar esse impasse nas cláusulas penais por quebra de obrigação de sigilo é a implementação do que a doutrina alienígena denomina como *enforceable penalty*. Referida penalidade, também originária do *common law*, nada mais é do que uma multa compensatória, prefixada de modo a garantir à parte prejudicada, pelo vazamento das informações, um valor de natureza indenizatória, sem ter que provar os prejuízos que eventualmente tenha sofrido em virtude desse ato, bastando apenas comprovar a quebra do sigilo. Em termos práticos, esse é um grande ganho que a parte prejudicada teria, pois, além de inibir a divulgação irregular em virtude do valor da multa (que deve ser fixado em patamares consideráveis), também traz conforto pela facilidade em executá-la, sem que

45 FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79.

uma coisa dependa da outra.⁴⁶

Logo, a parte lesada possui a garantia de executar de plano a multa, em razão dos danos ocasionados pelo vazamento de informações incluídas no rol de informações sigilosas. Logicamente, a imposição de multa reduz o risco de divulgação indevida de informações.

Vale mencionar a impossibilidade de continuação da contratação, em razão do “Fato do Príncipe” em que consiste em uma decisão unilateral tomada pelo poder público que impossibilite o prosseguimento do avençado. Logo, deve-se inserir cláusula com condição resolutiva prevendo a destruição retroativa dos efeitos contratuais. Segundo Inacio de Carvalho Neto, caso se verifique uma condição resolutiva, opera-se *ipso iure* a extinção da avença:

No caso da condição resolutiva, a destruição retroativa dos efeitos do contrato opera-se *ipso iure*, com a simples verificação da condição resolutiva. A ineficácia do contrato não resulta, em tal caso, de um direito de resolução atribuído a qualquer dos contratantes, mas da própria cláusula acessória do contrato, ou seja, do estabelecimento da condição.⁴⁷

Igualmente, outra informação importante e que merece ser consignada é a cláusula de não tipificação de vínculo empregatício entre os empregados da empresa contratada com relação à empresa contratante. Neste caso, a contratada declara expressamente ser uma empresa comercialmente independente da contratante e possuir total autonomia em relação à empresa que a contrata, sobretudo trazendo à baila a informação de que não há qualquer subordinação direta e estrutural entre os seus empregados e a tomadora. Ainda, a mesma cláusula deve fazer alusão à responsabilidade pelos pagamentos dos salários e quaisquer encargos de natureza trabalhista, salvo o recolhimento das contribuições previdenciárias, visto que atribui à empresa contratante a incumbência de fazê-lo, bem como deixar clara a responsabilidade da contratada quanto à responsabilidade pela prevenção de acidentes de trabalho.

46 Ibidem, p. 82.

47 CARVALHO NETO, Inacio de. **Extinção indireta das obrigações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 212.

Contudo, caso a prestação de serviços ocorra nas dependências da Contratante ou em local previamente determinado, as condições labor-ambientais adequadas concernentes às medidas de segurança e medicina do trabalho que devem ser observadas pela contratante, inclusive no intuito de serem evitados acidentes de trabalho e doenças de natureza ocupacional. Este também parece ser o entendimento Gustavo Filipe Barbosa Garcia que traz à baila a responsabilidade solidária entre Contratante e Contratada em se tratando dos infortúnios supraexemplificados:

[...] se o empregado terceirizado prestar serviço no estabelecimento da empresa tomadora ou em outro local pactuado entre as partes, esta responde pela higidez do meio ambiente de trabalho, inclusive em casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Sendo assim, as indenizações decorrentes desses infortúnios são de responsabilidade solidária tanto da empresa prestadora de serviços, por ser empregadora, como da empresa contratante, por ter o dever de cuidar do meio ambiente do trabalho.⁴⁸

Sabe-se que em se tratando de terceirização lícita, a responsabilidade atribuída ao tomador é subsidiária em relação à condenação pelo pagamento das verbas trabalhistas. Logo, faz-se importante o entabulamento de cláusula de ressarcimento em caso de eventuais condenações trabalhistas em ações movidas por ex-empregados, subcontratados ou empregados cujos contratos de trabalho estejam vigentes à época da propositura da reclamação trabalhista. Explica-se, caso a empregadora não possua bens suficientes para se exonerar do encargo, a tomadora subsidiariamente se responsabiliza pelo pagamento. Ainda, a cláusula deve abranger às reclamações trabalhistas que intentem o reconhecimento de vínculo de emprego com a tomadora. Portanto, ao consignar a cláusula de ressarcimento por eventuais condenações trabalhistas, a empresa contratante prevê a possibilidade compensar os valores despendidos com o encargo o valor da contraprestação da qual a prestadora de serviços faz jus, bem como atribui a responsabilidade

48 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 5. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 119.

da prestadora de serviços de empregar os melhores esforços para integrar à lide e excluir a contratante do polo passivo. Em qualquer dos casos, a empresa contratada se responsabiliza por eventuais custas e despesas processuais, honorários advocatícios, acordos e eventuais condenações. Além disso, Selma Carloto afirma que a empresa tomadora deve incluir cláusula de fiscalização e retenção dos valores a serem pagos na última nota no intuito de assegurar o cumprimento dos haveres trabalhistas:

Com esta cláusula no contrato, a empresa se assegura de que a prestadora está cumprindo a legislação trabalhista e previdenciária e ao constatar o descumprimento desta poderá rescindir o contrato com a mesma, podendo reter o valor da última nota, com vista a assegurar o pagamento dos empregados daquela, principalmente porque a terceirização lícita é subsidiária, nos termos da súmula n. 331, inciso IV do TST e da antiga Lei do Trabalho Temporário e atual Lei da terceirização, a Lei n. 6.019/1974, artigo 5º-A, parágrafo 5º.⁴⁹

A razão da inclusão da cláusula em comento ocorre, pois, sabe-se que responsabilidade da empresa contratante é subsidiária em relação à empresa contratada quanto aos débitos trabalhista. Logo, a fiscalização e retenção dos valores a que a prestadora de serviços faz jus são de suma importância, pois garante que a *stakeholder* promoverá o pagamento dos haveres trabalhistas em dia.

Deve-se incluir, também, a cláusula compromissória de entrega de documentos que facilitem a fiscalização relacionada às atividades desempenhadas pelas auditorias, uma vez que, durante a vigência do contrato, o *compliance officer* juntamente com os setores responsáveis pela *due diligence* periódica devem requer a consulta de documentos capazes de aferir a capacidade econômica, capacidade técnica, relação de passivos trabalhistas, tributários e previdenciários e o número de empregados que possuam vínculo de emprego com a *stakeholder*, a fim de se cotejar o número de funcionários contratados e o capital social mínimo exigido pela Lei n. 6.019/1974. A razão de ser da cláusula em comento é a facilitação de obtenção de amostragens por parte das auditorias.

49 CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 58-59.

Nesse mesmo diapasão, a cláusula deve prever a obrigatoriedade de demonstração do adimplemento salarial mensal, depósitos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, dentre outros consectários legais.

Em se tratando de atividades que devam ser exercidas nas dependências da tomadora, mais precisamente em sua sede ou em algumas de suas filiais, deve-se incluir cláusula que preveja a isonomia de condições entre seus empregados e os trabalhadores terceirizados concernente às medidas de segurança do trabalhador e proteção à sua saúde, com fulcro no inc. II do art. 4º-C⁵⁰ da lei supramencionada. Paulo Renato Fernandes da Silva, ao criticar o artigo em comento, afirma que o legislador reformista andou bem ao disciplinar o assunto, contudo o fez com imprecisões:

Trata-se, aqui de salutar dispositivo que (embora tenha utilizado as velhas e incompletas expressões da CLT de segurança e higiene do trabalho), prestigiou e explicitou o direito fundamental de toda pessoa de laborar em um meio ambiente de trabalho protegido em todas as suas dimensões e que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades civilizatórias. É o que a doutrina chama de princípio da proteção psicofisiológica integral do trabalhador, e que é, na verdade, um desdobramento do princípio fundante da dignidade humana (arts. 1º, III e IV, c/c XXII, XXVII e CCVIII, c/c 170, *caput*, c/c 200, II e VIII, da CF/88).⁵¹

Obtempera-se que, embora o legislador tenha atribuído à empresa contratante a responsabilidade pela isonomia de condições relacionadas à proteção e saúde do trabalhador terceirizado, a verdade é que a empresa prestadora de serviços também o é, uma vez que mantém contrato formal de trabalho com estes prestadores de serviço, razão pela qual se deve consignar cláusula

50 “Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.”

51 SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017. p. 142.

que preveja a observância das Normas de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho concernentes à legislação federal, estadual e municipal, bem como as Instruções Normativas editadas pelo ministério competente e as condições mais benéficas entabuladas em acordos ou convenções coletivas de trabalho. A cláusula pode trazer em seu bojo, por exemplo, a observação de que a prestadora de serviços se comprometa a fazer a entrega de equipamentos de proteção individual e a fiscalização quanto ao seu uso regular, garanta direito às empregadas gestantes e lactantes, respeite os intervalos intrajornadas e interjornadas e outros direitos a que os trabalhadores fazem jus. O Autor supracitado faz duras críticas ao microssistema que passou a regulamentar a terceirização, em razão da incompletude do texto, uma vez que ambos os contraentes possuem o dever conceder condições de meio ambiente de trabalho adequado:

Na verdade, a lei disse menos do que deveria, uma vez que a obrigação por garantir um meio ambiente de trabalho protegido é de ambas as empresas contratantes, e não só da empresa tomadora. O empregador de empresas prestadoras de serviço deve igualmente zelar e garantir esse mesmo direito fundamental aos seus empregados, tanto que o §1º (mantido pela Lei n. 13.467/17), do art. 4º-A da LGT estampa que está (EPS) vai dirigir o trabalho realizado pelo terceirizado.⁵²

A razão do entabulamento da cláusula em comento é importante, pois possui o condão de evitar qualquer tipo de autuação pela constatação de irregularidades, caso ocorram eventuais visitas dos Auditores Fiscais do Trabalho *in loco*, pois, de acordo com Abel Ferreira Lopes Filho, o Auditor Fiscal do Trabalho observa alguns atributos fundamentais inafastáveis: “A fiscalização de condições de trabalho e a aplicação das normas de proteção ao trabalhador são atributos fundamentais a serem observados pela inspeção do trabalho.”⁵³. Nesta mesma esteira, o autor supramencionado, salienta que as ações fiscais estão calcadas no Princípio do Livre

52 Ibidem, p. 142.

53 LOPES FILHO, Abel Ferreira. **Inspeção do trabalho:** estudos sobre a fiscalização do trabalho no Brasil e no mundo. Leme: JH Mizuno, 2019. p. 18.

Acesso Motivado no qual visa garantir a primazia do acesso sem qualquer óbice:

[...] o AFT terá acesso livremente aos locais da relação de emprego, sem prévio aviso e em qualquer dia e horário. De igual forma, acesso a todos os documentos e materiais pertinentes ao objeto da fiscalização, podendo ainda apreendê-los.⁵⁴

Logo, verifica-se que por se tratarem de fiscalizações sem prévia comunicação, a contratante deve ser certificar que não apenas a sua empresa está em conformidade, mas, igualmente, que a *stakeholder* garanta o bem-estar de seus empregados. E, sobretudo, respeite normas de Higiene, Medicina e Segurança do Trabalho.

Por fim, salienta-se que a estrutura do instrumento contratual decorre do tipo complexidade da atividade contratada, assim como deve o *compliance officer* consubstanciado em pesquisas, amostragens e demais informações obtidas traçar o *risk assessment* mais adequado à satisfação da empresa contratante.

4.4 Precauções a serem tomadas pela empresa contratante em face do fenômeno da quarteirização

O parágrafo 1º, *in fine*, do art.4º-A⁵⁵ da Lei n. 6.019/1974 traz em seu texto a permissão legal da subcontratação da intermediação de mão de obra denominada pela doutrina trabalhista como o fenômeno da “quarteirização”. O instituto em comento deita suas raízes na lógica ilustrada no capítulo atinente à conceituação acerca da terceirização, contudo, há peculiar diferença, pois não há um rompimento da triangulação das relações que se

54 Idem. **Manual de direito administrativo do trabalho:** inspeção do trabalho e o contencioso administrativo trabalhista. São Paulo: LTr, 2018. p. 50.

55 “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.”.

estabelecem entre tomadora, prestadora de serviços terceirizados e o trabalhador, porém, admite-se que a prestadora subcontrate empresa(s) terceirizada(s) para que ponha(m) à disposição da tomadora os trabalhadores, a fim de que exerçam a atividade contratada pela tomadora principal. Explica-se, de acordo com o artigo supra mencionado, empresa terceirizada possui liberdade para subcontratar outras empresas terceirizadas para não apenas contratar, mas dirigir e remunerar o trabalho a ser realizados por seus trabalhadores. Nesse sentido, Vólia Bonfim Cassar, ao comentar o §1º do art. 4º-A faz a seguinte crítica:

Por outro lado, o mesmo parágrafo permite a quarteirização, pois autoriza a subcontratação de outras empresas para a realização dos serviços contratados, um verdadeiro absurdo! Assim, uma empresa tomadora contrata uma empresa para que esta contrate outra para contratar empregado para colocar na tomadora.⁵⁶

Conforme asseveram os ilustres autores Iuri Pinheiro e Raphael Miziara, no fenômeno da “quarteirização”, contrata-se empresa quarteirizada para esta gerencie todos os serviços já terceirizados, somando-se a isso o fato de exercer a administração de todos os contratos de terceirização entabulados nessa cadeia em prol da empresa que originariamente contratante.⁵⁷

Outrossim, pontuasse o entendimento de Élisson Miessa e Henrique Correia que asseveram ser a quarteirização uma espécie de transferência de gestão de serviços de uma empresa para outra:

É importante destacar as consequências jurídicas do surgimento do fenômeno da “quarteirização”. Trata-se da transferência de parte da gestão dos serviços de uma empresa terceirizada para outra empresa. Assim, além da relação que existe entre prestadora de serviço e tomadora (terceirização), verifica-se a transferência de um setor da empresa terceirizada para uma nova empresa (“quarteirizada”).⁵⁸

56 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14.^a ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017. p. 491.

57 PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização: teoria e prática**. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvdm, 2020. p. 109.

58 MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 254.

Percebe-se facilmente que o legislador autoriza uma série de contratações em cadeia a bel prazer das empresas terceiriza das conferindo a transferência de parcela da gestão dos serviços. Torna-se curial destacar que, embora hodiernamente a legislação pátria respalde esse tipo de contratação, a verdade é que ela pode ser nociva por diversos motivos, embora alguns autores destaquem benefícios nessa modalidade de contratação, sendo o caso de Jorge Luiz da Rocha Bueno que em seu livro afirma que a quarteirização é oriunda de países mais adiantados que o Brasil, sendo a contratação de empresa especializada encarregada de gerenciar as atividades a serem desempenhadas por outras terceirizadas⁵⁹ E ainda assevera que:

A quarteirização também vem a ser uma parceira da empresa que quer terceirização, o que acaba melhorando a eficácia do processo em referência. É, pois, uma forma de especialização no gerenciamento das terceirizações. Deve, assim, ser levada a efeito por uma verdadeira *expert* na questão em referência.⁶⁰

Ocorre que na prática, empresas não estão adstritas a contratar (ou quarteirizar) empresas *experts* em determinado ramo de atividade. Logo, em regra, não há garantia alguma de que ao celebrar contrato com uma empresa prestadora de serviços, esta não venha a contratar empresa quarteirizada sem o mínimo de especialização ou estrutura administrativo-organizacional ou, ainda, financeira.

Em se tratando de empresa contratante tomadora de serviços cuja adoção de um programa de *compliance* tenha sido efetivamente implementado, verifica-se que o fenômeno da terceirização, embora praticado no mercado desde os anos 70 do século passado, merece total atenção visto que se deve ter amplo controle não apenas durante a *due diligence* de terceiros, sobretudo, de forma constante por meio de análises feitas pela *due diligence* periódica no intuito de se constar a regularidade da contratação, bem como evitar riscos traçados pelo *compliance officer* advindos desta.

59 BUENO, Jorge Luiz Rocha Bueno. **Monografias jurídicas 10**: v. 1. Santa Cruz do Sul (RS): Instituto Padre Reus, 2005. p. 70.

60 Ibidem, p. 70.

Explica-se, a celeuma em torno do fenômeno da quarteirização no tocante ao programa de *compliance* diz respeito ao controle que se deve ter em relação às contratações em cadeia e a dificuldade de se certificar que as empresas subcontratadas submeter-se-ão à cultura ética da empresa, isto é, o dever de agir não apenas em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, mas, sobretudo de acordo com as diretrizes internas traçadas pela tomadora, uma vez que a subcontratação de empresas terceirizadas, em razão rotatividade de trabalhadores que prestam serviços a esta elevando o custo com treinamentos relacionados ao programa e a fiscalização quanto às funções a serem exercidas, caso as atividades devam ser executadas no espaço físico fornecido pela empresa tomadora, bem como compromete a segurança de informações sigilosas e torna dificultoso o controle sobre as ações e omissões dos empregados colocados à disposição da contratante principal. A respeito do tema, Marcos Assi destaca que a realização de monitoramentos e diligência periódicas não são capazes de extinguir os riscos envolvidos:

Dessa forma, à medida que a mão de obra utilizada passa a advir de diferentes espécies de contratação (direta ou indireta, por intermédio de uma ou mais prestadoras de serviços terceirizados, admitida, a quarteirização), é certo que os riscos decorrentes dessas empreitadas aumentam, tornando imprescindível a realização de diligências e monitoramentos contínuos e, conseqüentemente, impedindo que o controle sobre os atos e as omissões dos empregados seja perdido de vista.⁶¹

Ainda, torna-se tortuosa e dispendiosa a obtenção de informações precisas acerca da regularidade jurídica, societária e de mercado durante a *due diligence* periódica de cada uma das empresas que fazem parte da cadeia de subcontratações. Estas são apenas alguns dos fatores de riscos e riscos a serem mitigados durante os processos de monitoramento de terceiros, pois variam de acordo com o porte e ramo de atividade da empresa tomadora

61 ASSI, Marcos. **Compliance**: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/pageid/72>. Acesso em: 16 out. 2019. p. 76

de serviços, bem como o número de empresas terceirizadas que integram a cadeia de contratações. Por fim, conclui-se que o instituto da quarteirização apresenta maiores riscos e dispêndio de recursos humanos e pecuniários do que benefícios propriamente ditos.



CONCLUSÃO

O presente estudo verificou o que constitui o requisito da capacidade econômica previsto na nova redação dada à Lei n. 6.019/1974, bem como os efeitos da nulidade contratual, em razão da inobservância do que dispõe a norma imperativa por parte das empresas contratantes de serviços de terceirização. Não obstante, verificou-se que a *due diligence*, que integra um dos pilares do programa de *compliance*, contribui com a aferição dos requisitos legais a serem observados na contratação de pessoa jurídica prestadora de serviços durante a fase anterior ao ato da contratação e durante a vigência do instrumento contratual, além de viabilizar a introdução de cláusulas que visam mitigar riscos advindos do contrato.

Verificou-se o conceito de “*compliance*”, bem como cada um dos pilares que integram o programa, conforme institui a ISO 19600:2014 (E). Observaram-se as principais normas jurídicas internacionais que inspiraram o ordenamento jurídico brasileiro na criação de normas jurídicas internas que prevejam a necessidade de adoção de programas de *compliance* (ou integridade) em território nacional.

Ainda, examinou-se o conceito de análise de riscos de *compliance* e, de forma pormenorizada, o pilar da *due diligence*, sendo a *due diligence* de terceiros um dos seus importantes desdobramentos no que diz respeito aos riscos inerentes aos *stakeholders*, sobretudo na fase concernente às tratativas. Conceituou-se o fenômeno da terceirização, apresentando as principais características e críticas doutrinárias.

Além disso, diferenciaram-se os conceitos de capital social mínimo e patrimônio líquido, a fim de se compreender o que constitui a capacidade econômica e as demais características indispensáveis à sua análise por parte da empresa tomadora de serviços. Constataram-se os efeitos da nulidade o contratual em decorrência ausência de capacidade econômica prévia ou superveniente à contratação de empresa terceirizada. Igualmente,

apresentou-se rol meramente exemplificativo atinente às cláusulas mitigatórias de potenciais riscos que possam exsurgir da contratação, trazendo prejuízos ao tomador de serviços. Por fim, tratou-se acerca do fenômeno da quarteirização e precauções a serem tomadas.

Identificou-se por meio do presente estudo, sobretudo bibliográfico, que a imprecisão legislativa quanto ao requisito de validade do contrato civil de prestação de serviços é prejudicial à empresa contratante, visto que, se confirmada a indiligência no ato da contratação e durante a vigência da avença, pode-se postular em juízo a decretação da nulidade contratual culminando nos riscos de reconhecimento direto de vínculo de emprego entre os trabalhadores terceirizados e a tomadora de serviços, bem como a responsabilidade solidária quanto às condenações no âmbito da justiça do trabalho. Nesse mesmo diapasão, demonstrou-se a utilidade do programa de *compliance* quanto à mitigação acerca dos riscos supramencionados.

Para tanto, buscou-se auxílio na doutrina nacional e internacional especializada em implementação de programas de *compliance*, padronização de procedimentos, processos organizacionais e valorização empresarial na intenção de se identificar o melhor procedimento a ser utilizado pelas empresas adotantes de programas de *compliance* no intuito de mitigar riscos e potenciais riscos concernentes à contratação de empresas terceirizadas, visto que a introdução do art. 4º-A na Lei n. 6.019/1974 indica que a empresa prestadora de serviços deve possuir capacidade econômica compatível a execução do contrato civil em que firmar.

Percebeu-se tamanha imprecisão legislativa relativa ao conceito de capacidade econômica e as doutrinas especializadas em direito individual e coletivo do trabalho consultadas não haviam enfrentado o tema pormenorizadamente, razão pela qual se buscou auxílio nos enunciados aprovados na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, a fim de se identificar o que constitui o requisito da capacidade econômica e os reflexos da sua inobservância. Outrossim, verificou-se que o Ministério Público do Trabalho, por meio da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes

nas Relações de Trabalho, ao tecer críticas acerca da flexibilização dos direitos laborais advindos das Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017, apontou a capacidade econômica como um requisito de validade do contrato, que se violado, acaba por culminar em fraude às leis do trabalho e identificou aspectos que facilitam a sua aferição, embora não a esvaziem. Cotejando-se a interpretação dada pelos enunciados aprovados, periódicos dos Tribunais Regionais do Trabalho e materiais elaborados pelo Ministério Público do Trabalho que a capacidade econômica exigida pelo legislador diz respeito à suficiência de recursos capazes de garantirem todos os custos operacionais que envolvam a contratação.

Sendo assim, concluiu-se que o programa de *compliance*, por meio do pilar da *due diligence* facilita a aferição de aspectos que indiquem a solidez financeira e a capacidade econômica da futura *stakeholder*, tais como: patrimônio líquido, idoneidade da prestadora de serviços quanto ao adimplemento contratual frente aos demais contratantes, regularidade no pagamento das verbas salariais dos seus empregados, verificação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, certidão que comprove a regularidade da contratada perante o Instituto Nacional de Seguridade Social, certidões que comprovem a inexistência de débitos fiscais, Certidão de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço dos trabalhadores, certidão negativa quanto à falência, comprovação de que a pessoa jurídica não responde judicialmente por inadimplência de verbas trabalhistas ou rescisórias, dentre outras certidões que possam mitigar os riscos provenientes da celebração do contrato e precaução que se deve ter quanto à fixação do preço no ato da contratação.

Constatou-se, também, que *due diligence* periódica auxilia na obtenção de informações que possam identificar a perda superveniente da capacidade econômica durante a vigência do contrato. Para tanto, verificou-se incumbência do *compliance officer* no que diz respeito à estipulação de cláusulas que ofereçam segurança à empresa contratante, sobretudo no que concerne à obrigatoriedade de apresentação periódica de documentos que facilitem a análise dos riscos envolvidos na fase de tratativas e,

fundamentalmente, durante todo o curso do contrato, bem como consagração de cláusula que preveja o equilíbrio contratual, a fim de se evitar a perda superveniente da capacidade econômica da *stakeholder*. Por conseguinte, ratificou-se que a parceira contratual deve se comprometer a observar a política de *compliance* adotada pela empresa tomadora de serviços, mantendo-se íntegra e cooperando com todas as análises exigidas por esta. Obtempera-se que não houve qualquer intenção de promover qualquer aprofundamento acerca de conceitos próprios das ciências contábeis.

Por fim, o presente trabalho contribui com a comunidade acadêmica tendo em vista a notoriedade da repercussão do tema envolvendo o atual requisito de validade do contrato civil de terceirização e a escassez bibliográfica quanto à conceituação e aferição da capacidade econômica. Tendo-se em vista a limitação bibliográfica do presente estudo, a impossibilidade de identificação de todos os pontos controvertidos e as respectivas resoluções que possam circundá-los, bem como multidisciplinaridade que envolve o tema, considera-se que será de grande valia a exploração pela comunidade acadêmica futuramente acerca do tema pesquisado.



REFERÊNCIAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **O direito do trabalho e a liberdade do trabalhador**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 18-22.

ARAUJO, Adriana Maria Procópio de [et al]. **Aprendendo contabilidade**. Ribeirão Preto: Inside Books Editora, 2010.

ASSI, Marcos. **Compliance: como implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/>.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 6. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BANDAROVSKY, Bruno Pires. **Compliance risk assessment em 8 passos**. [S.l.: s.n], [s.d]. E-book. Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/gratuitos/>.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime empresarial, autorregulação e compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BERTOLDI, Marcelo Marco. **Curso Avançado de direito comercial, volume 1: teoria geral do direito comercial, direito societário**. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BONFIM, Hanna Larissa Lima. **Terceirização: para quem fica as vantagens e desvantagens?**. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, v. 6, n. 9, p. 77-91, out. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/130411>.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. **SOX: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley: um caminho para a informação transparente**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. E-book.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522126040/pageid/0>.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 78. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 79. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** enunciado n. 97. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Comercial:** Enunciado nº 32. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial>.

BRASIL. Controladoria-geral da União. **Programa de integridade:** diretrizes para empresas privadas. [S.l.: s.n], [s.d]. E-book. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/banners-da-home/copy_of_bannerguideintegridade.png/view. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de

Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Vice-Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm.

BRASIL. Decreto 4.410, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm.

BRASIL. Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de novembro de 2015. Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968. Dispõe sobre Efeitos de Débitos Salariais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1968]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0368.htm.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras

Providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012.** Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 (ADPF 324).** Relator: Ministro Roberto Barroso. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão**

Geral nº 725. Brasília, DF, 13 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331.** Brasília, DF, 21 de dezembro de 1993. Tribunal. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331.

BUENO, Jorge Luiz Rocha Bueno. **Monografias jurídicas 10:** v. 1. Santa Cruz do Sul (RS): Instituto Padre Reus, 2005.

CARLIN, Everson Luiz Breda. **Criando valor nas organizações:** do compliance à proteção patrimonial - como tornar uma empresa um alvo atrativo. Curitiba: Juruá, 2017.

CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista.** São Paulo: Ltr, 2019.

CARVALHO, Zenaide et al. **Compliance trabalhista: práticas, riscos e atualidades.** Goiânia: Editora BSSP, 2019.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Extinção indireta das obrigações.** 6. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CARNEIRO, Claudio et al. **Compliance e boa governança:** pública e privada. Curitiba: Juruá, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 14.^a ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2017.

COELHO, Paulo Ulhoa. **Manual de direito comercial.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COUTINHO, Leandro de Matos. **Compliance anticorrupção, a lei das estatais e a defesa do estado democrático de direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. **Obrigações e o cumprimento defeituoso.** Curitiba: Juruá, 2011.

DAIBERT, Jefferson. **Dos contratos:** parte especial das

obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

DEPERON, Mariana Pazianotto. **Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Sergio Vidal dos Santos. **Manuais de controle nas empresas: padronização dos processos e procedimentos organizacionais conceitos e aplicação do compliance de processos**. Curitiba: Juruá, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DUTRA, Lincoln Zub (Org.). **Compliance no ordenamento jurídico brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2018.

EMEDIATO, Geraldo [et al.], **Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação**. Brasília, Gráfica Movimento, 2017.

FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal Compliance: mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FONTOURA, Rodrigo Brandão. **Contratos de prestação de serviços e mitigação de riscos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze [et al.]. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172771/pageid/0>

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização**. 5. ed. ver. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

GILLESPIE, Seth J. **Risk Management: an enterprise dilemma**. Virgínia: DBC Publishing, 2016. Edição Kindle. Não paginado.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Princípios que geram valor de longo prazo**. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/>

governança-corporativa.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 19600**: Compliance management systems: Guidelines. Genebra: ISO, 2014. Disponível em: <https://portaldagestao.deriscos.com/cases-artigos/>.

IUDÍCIBUS, Sérgio de (cord.). **Contabilidade introdutória**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael. **Manual da terceirização**: teoria e prática. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodvm, 2020.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Direito dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLEINDIENST, Ana Cristina. **Grandes temas do direito brasileiro**: compliance. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935178/>

LAMY, Eduardo (Org.). **Compliance**: aspectos polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

LAURETTI, Lélío; SOLÉ, Adriana de Andrade. **Código de Conduta**: evolução, essência e elaboração: a ponte entre a ética e a organização. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PEREIRA, Leone et al. **Leis trabalhistas comentadas**: discriminação, trabalho voluntário, atleta profissional, rurícola, terceirização, doméstico, transferência, greve e estágio. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance**: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES FILHO, Abel Ferreira. **Inspeção do trabalho**: estudos sobre a fiscalização do trabalho no Brasil e no mundo. Leme: JH

Mizuno, 2019.

LOPES FILHO, Abel Ferreira. **Manual de direito administrativo do trabalho: inspeção do trabalho e o contencioso administrativo trabalhista.** São Paulo: LTr, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

MARQUES, Rafael da Silva. **A terceirização e o novo requisito da capacidade econômica da empresa prestadora.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 65, n. 99, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/48768>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** 10. ed. ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção.** Curitiba: Juruá, 2018.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e OJs do TST comentadas e organizadas por assunto.** 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial, t. XXVI.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

NEGRÃO, Célia Regina; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** 2. ed. Brasília, DF: Editora Senac, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. **Governança corporativa e compliance.** 2. ed. rev., e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PADOVEZE, Clóvis Luís. **Manual de contabilidade básica: contabilidade introdutória e intermediária**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010091/epubcfi/6/2\[;vnd.vst.idref=cover\]!/4/2/2\[vst-image-button-743602\]@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010091/epubcfi/6/2[;vnd.vst.idref=cover]!/4/2/2[vst-image-button-743602]@0:0).

POLONIO, Wilson Alves. **Terceirização: aspectos legais, trabalhistas e tributários**. São Paulo: Atlas, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião, São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil

SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado: um guia simples e direto sobre programas de compliance**. [S.l.: s.n], 2016. E-book. Edição Kindle.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance: teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodvm, 2020.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

TEODORO, Maria Cecília Máximo [et. al] (coord.). **Compliance no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 58 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Terceirização, trabalho temporário e o novo marco regulatório:** comentários de acordo com a reforma trabalhista.

VENTURINI, Otavio (Coord.). **Manual de compliance.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983444/>

VIANA, Márcio Túlio. **A terceirização revisitada:** algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 4, p. 198-224, out./dez. 2012. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/35819>.

WEBER, Mark. **Compliance e responsabilidade empresarial:** medidas anticorrupção à luz dos sistemas jurídicos do Brasil e dos estados Unidos. Curitiba: Juruá, 2018.