

REVISTA

Estudos Eleitorais

Recife | Volume 2 | Número 4

ISSN 2594-3677



DIREITO ELEITORAL E COMPLIANCE: O DUE DILIGENCE COMO PARÂMETRO PARA AFERIR A RESPONSABILIDADE DO PARTIDO POLÍTICO CRIADO A PARTIR DE FUSÃO.¹

Antonio Joaquim Ribeiro Júnior²

¹ Artigo recebido em 30/11/18 e aprovado para publicação em 10/12/2018

² Bacharel em Direito. Advogado militante na área de Direito Público, com ênfase em Administrativo, Constitucional e Eleitoral Especialista. Pós-Graduando em Direito Eleitoral, Professor de Direito Administrativo, Constitucional e Eleitoral. Procurador Geral do Município de Arcoverde-PE, Coordenador do Núcleo de Direito Eleitoral da Escola Superior da Advocacia-ESA/OAB-PE e Membro da ABRADep – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político.

DIREITO ELEITORAL E *COMPLIANCE*: O *DUE DILIGENCE* COMO PARÂMETRO PARA AFERIR A RESPONSABILIDADE DO PARTIDO POLÍTICO CRIADO A PARTIR DE FUSÃO.

Antonio Joaquim Ribeiro Júnior

RESUMO

O presente artigo é o segundo da série Direito Eleitoral e *Compliance* e tem como objetivo abordar a utilização do *due diligence* como parâmetro para se aferir a responsabilidade dos partidos políticos criados através da fusão de dois ou mais partidos. Para tanto, no primeiro capítulo será realizada uma análise breve do conceito de partido político e seu papel na democracia, eis que o tema foi abordado de forma analítica no primeiro artigo publicado no mês de julho de 2018, na edição n.º 03 da Revista de Estudos Eleitorais da Escola Judiciária Eleitoral/TRE-PE, com explicações mais robusta sobre o processo de fusão. Já no segundo capítulo, em virtude da metodologia empregada tratar-se-á do *due diligence* como um método ou procedimento específico do programa de *compliance*, abordando a sua definição, estrutura e passíveis situações nas quais o mesmo é aplicado, dando-se ênfase a fusão de corporações, porquanto a teoria geral do *compliance* no Direito é oriundo do direito privado, societário e outros. Por fim, no último capítulo, será proposta a análise do uso do mecanismo do *due diligence* como forma de investigar e apurar a responsabilidade dos partidos políticos criados a partir de fusão, abordando as lacunas da norma, as possibilidades e os efeitos jurídicos e políticos da união de dois ou mais partidos políticos, sobretudo, ante os recentes casos de corrupção envolvendo as agremiações.

INTRODUÇÃO

A recente eleição geral de 2018 mostrou que o povo brasileiro está cansado dos corriqueiros escândalos de corrupção de tomam conta dos jornais diários, televisão e internet, tendo nas urnas promovido uma renovação inicial de quadros políticos, inclusive

com a eleição de representantes conhecidos como linha dura, em razão do ambiente criado de proliferação institucionalizada da corrupção e atos ilícitos nos mais diversos níveis de governos e também dos partidos políticos.

Se a renovação será boa ou ruim, se será útil e atenderá aos anseios, não se sabe, mas a mensagem está posta. O basta as velhas oligarquias políticas foi o grande exemplo.

É nesse ambiente conturbado que se inserem os partidos políticos como ator importante para a execução do processo eleitoral, pois, no Brasil, os partidos detém o monopólio das candidaturas, sendo vedadas as candidaturas avulsas.

Com efeito, em razão disso, nada mais coerente que as agremiações partidárias iniciem um processo de mudança interna possibilitando maior transparência e segurança nos seus atos, notadamente, com a previsibilidade.

Com isso, os partidos poderão almejar novamente a confiança da população que um dia já lhe asseguraram legitimidade, mas que hoje deixaram de segui-los em razão dos fatos públicos e notórios.

Para adquirir novamente a confiança da população, no primeiro artigo da série Direito Eleitoral e *Compliance* publicado em julho do corrente ano, na edição n.º 03 da Revista de Estudos Eleitorais da Escola Judiciária Eleitoral/TRE-PE, foi apresentado como solução, que os partidos políticos adotassem o programa de *compliance* e implementassem todos os seus níveis, fases e pilares, com o escopo de garantir mais transparência, previsibilidade e segurança ressurgindo a cambaleante democracia interna.

Nesse artigo de julho, foram abordados os aspectos gerais sobre partidos políticos, com a sua definição, estrutura, organização e funcionamento, bem como uma teria geral do *compliance*.

No presente artigo, o objeto é se utilizar de um dos mecanismos do programa de *compliance*, qual seja, o *due diligence* para demonstrar que por meio dele é possível ao partido político constituído por meio de fusão atenuar ou excluir a responsabilidade como sucessor de direitos e obrigações dos partidos que aderiram a união e se fundiram num único partido.

Destarte, no primeiro capítulo será realizada uma breve exposição sobre os partidos políticos e a sua importância no contexto do processo democrático, com vistas à eleição dos representantes do povo. Ainda no primeiro capítulo, será enfrentada a questão da fusão dos partidos políticos, com colocações sobre a sua definição e procedimentos.

No capítulo seguinte, o tema abordado será o *due diligence*, oportunidade na qual será contextualizado o mecanismo em debate, como uma espécie de procedimento do programa de *compliance* e realizada uma análise mais profunda do instituto, com a sua definição, formas de aplicação, momento e outros, considerando para tanto, a escassez da bibliografia pátria sobre o tema.

Ao final desse capítulo, será dado ênfase a diligência prévia nos casos de fusão de corporações, isto porque, o *compliance* no Brasil foi inicialmente desenvolvido nas ciências contábeis e administração, logo no direito se inseriu de forma mais rápida, através do direito societário e privado.

Por fim, no último capítulo, o objetivo é demonstrar a problemática enfrentada, ou seja, com a união de dois ou mais partidos constituindo uma nova agremiação, esta assume a responsabilidade decorrente de direitos e obrigações, o ativo e o passivo, bem como eventuais sanções por atos ilícitos.

E para atenuar ou excluir a aplicação de tais sanções, em virtude da prática de ilícitos por um dos partidos que deu causa a fusão, se propõe o programa de conformidade, com o mecanismo do *due diligence* que servirá como um espelho da real situação dos partidos envolvidos, podendo por meio dele se concretizar ou não a fusão, assumindo os riscos ou atuando no sentido de responsabilizar os responsáveis e criar mecanismos de controle para que novos atos como os combatidos não ocorram novamente.

1 A FUSÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

A Constituição Republicana de 1988 conduziu os partidos políticos ao patamar de decisivo na condução do processo eleitoral, eis que somente pessoas filiadas às agremiações partidárias podem exercer a capacidade

eleitoral passiva, ou seja, ser votado.

Logo, os partidos políticos são engrenagens necessárias e indissociáveis do processo que tem como objetivo eleger os representantes do povo para os cargos do executivo e legislativo. Nas colocações do Ministro Antonio Hermam Benjamin (2017, p. 132), os partidos políticos:

[...] representam peça-chave para a consolidação do Estado Democrático de Direito e, em acepção ampla, constituem entidades formadas a partir de livre associação de pessoas, de modo organizado visando exercer legitimamente o poder político-estatal, garantir o regular funcionamento do governo e, ainda, assegurar implementação e observância de direitos e garantias fundamentais.

Já Paulo Bonavides os define como sendo:

Organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e neles conservar-se para realização dos fins propugnados". Para o eminente juspublicista, os seguintes dados entram de maneira indispensável na composição dos ordenamentos partidários: "(a) um grupo social; (b) um princípio de organização; (c) um acervo de ideias e princípios, que inspiram a ação do partido; (d) um interesse básico em vista: a tomada do poder; e (e) um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos (BONAVIDES apud, GOMES, 2017, p. 120)

Como é cediço, os partidos políticos têm natureza jurídica de pessoas de direito privado, conforme previsto no art. 44 do Código Civil Brasileiro, bem como ratificado pelo art. 1º da Lei n.º 9.096/1990:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição

Federal. (BRASIL, 1990)

Ademais, a natureza jurídica dos partidos políticos fica ainda mais evidente ao passo que o Art. 8º da Lei dos Partidos Políticos prevê como condição de validade do registro, que o requerimento de registro seja dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal.

Em razão da sua natureza jurídica a doutrina defende que há um direito partidário, com esteio, sobretudo, na Lei n.º 9.096/90, mas que se submete a outras regras esparsas de igual natureza ou distinta, “em outros termos, o Direito Partidário, ora se sujeita a regras de Direito Privado, ora de Direito Público [...]” (MACHADO, 2018, p. 116).

Tanto é verdade que há jurisprudência consolidada no Tribunal Superior Eleitoral aduz que somente será competência da Justiça Eleitoral as ações nas quais figurem como parte os partidos políticos quando restar comprovado que a matéria está afeta ao processo eleitoral, estando excluídas da apreciação da justiça especializada as lides referentes a matéria interna corporis (salvo se relevante ao processo democrático).¹

É nessa simbiose de normas jurídicas de natureza distintas que se constituíram os partidos políticos, com a predominância da Lei n.º 9.096/90 para os temas de organização e estruturação dos partidos, sendo esta utilizada para as noções gerais sobre a fusão dos partidos, mas repleta de lacunas que permitem interpretações distintas e conflitantes.

1.1 Definição e Procedimentos

O art. 2º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (em consonância com o art. 17, § 1º da CF/88) contempla que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de Agremiações Partidárias, desde que os seus programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

O dispositivo em primeira análise deixa de livre a possibilidade de fusão dos

partidos políticos, desde que haja o respeito e observância às garantias mínimas que a lei estabelece.

A LOPP, o Código Eleitoral e a Lei n.º 9.504/97 não delimitaram a definição clara e contundente de fusão. Desse modo, nos socorremos na legislação esparsa, especialmente, a de natureza privada.

A Lei n.º 6.404/1976 que dispõe sobre as sociedades por ações, no seu art. 228 estabelece que a fusão é “a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.” (BRASIL, 1976). Com efeito, nos termos delimitados, a criação de um partido em virtude de uma fusão depende de dois ou mais partidos que decidam se unir como um só.

Especificamente sobre a fusão, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos determina, no art. 29, que: “Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro” (BRASIL, 1996).

O § 1º do art. 29 prevê dois requisitos para a fusão entre partidos políticos, quais sejam:

Art. 29. [...]

§ 1º No primeiro caso, observar-se-ão as seguintes normas:

I - os órgãos de direção dos partidos elaborarão projetos comuns de estatuto e programa;

II - os órgãos nacionais de deliberação dos partidos em processo de fusão votarão em reunião conjunta, por maioria absoluta, os projetos, e elegerão o órgão de direção nacional que promoverá o registro do novo partido. (BRASIL, 1996)

Da análise dos requisitos supra, a fusão somente é concebível quando os órgãos de direção dos partidos que pretendem se unir criando um novo partido elaborem projetos comuns para o estatuto e programa e os seus respectivos órgãos de deliberação deverão se reunir e votar em reunião conjunta para aprovar o novo programa, por maioria absoluta, lavrando-se as atas que serão posteriormente utilizadas para o registro (art. 29, § 4º), bem como deverão eleger o novo órgão de direção nacional que ficará com o encargo de

1 Agravado de Instrumento n. 0000070-98.2014.6.08.0000; Acórdão de 12/05/2015; Relator (a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/06/2015, Página 92.

promover o registro do Partido, o que garantirá a sua existência legal.

Em decorrência da fusão, a LOPP, com alteração pela Lei n.º 13.107/2015, no § 7º do art. 29 determina que devem ser computados os votos dos partidos fundidos nas últimas eleições gerais para a Câmara dos Deputados, como forma de se atingir a cláusula de desempenho e, conseqüentemente, acesso à distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

A previsão acima, será o estopim para um processo de diversas fusões entre partidos políticos no Brasil que não atingiram a cláusula de desempenho e por conta disso ficam impedidos de participar da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.

A questão que se traz à baila se refere à necessária adoção de mecanismos que possam garantir validade e efetividade política as fusões que estão por vir prevenindo-se, por exemplo, de potenciais responsabilidades decorrentes de atos praticados por gestores e partidos que sequer existem.

2 O DUE DILIGENCE

2.1 Contextualização do tema

No artigo intitulado “Direito Eleitoral e *Compliance*: A adoção do Programa de conformidade como solução a crise dos partidos políticos Brasileiros”, publicado em julho de 2018, na edição n.º 03 da Revista de Estudos Eleitorais da Escola Judiciária Eleitoral/TRE-PE, o qual inaugurou a série de artigos que serão publicados dentro da temática, fora realizada uma análise estrutural de um programa de *compliance*, com a delimitação do conceito, estrutura e principais pilares para a construção do programa e necessários para a compreensão do problema final proposto naquele momento.

Assim, não cabe mais retomar o tema, apenas tecer comentários preliminares sobre o *compliance* como forma de contextualizar o tema atual, a saber, o *due diligence*, como parte de um programa de *compliance*.

A uma das normas internacionais de regulamentação do *compliance*, a ISO 19:600;2014 define aquele como sendo:

Compliance é o resultado de uma organização cumprir com as suas obrigações, e é tornando sustentável ao inseri-lo na cultura da organização e no comportamento e na atitude das pessoas que trabalham para ela.

[...] Um sistema de administração de *compliance* efetivo estendido por toda organização permite que ela demonstre seu comprometimento com as leis relevantes, incluindo requisitos legislativos, códigos de indústria e padrões organizacionais, assim como padrões de boa governança corporativa, melhores práticas, ética e expectativas da comunidade” (ISO apud, VERÍSSIMO, 2017, p. 329)

A doutrina pátria ainda prevê que o programa de *compliance* não é um sistema que inibe por completo a ocorrência de ilícitos corporativos, mas atua no sentido de possibilitar que esse ato de ilegalidade não seja cometido:

Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide de forma mais adequada possível com o problema. (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 31)

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2016), no seu guia sobre o programa de *compliance*, define este como:

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.

Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu

compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.

Algo comum às definições é a implementação por uma corporação ou entidade estatal de um programa, através do qual serão instituídos serviços e ações com o fim de preservar a boa conduta e a ética nas relações internas e externas.

Não é demais lembrar que o sistema de *compliance* tem quatro objetivos primordiais: Identificar, prevenir, detectar e responder. Pois o programa que se pretende tornar viável a modular as relações corporativas deve seguir os pilares alhures, posto que geram como “benefício estabelecer uma divisão de responsabilidade e prioridade” (ASSI, 2018, p. 29).

A corporação deve primeiro identificar os riscos empresariais, instituir mecanismos de defesa em nome da prevenção e ocorrência de ilicitudes, detectar eventuais irregularidades e responder aos infratores com a aplicação de sanções.

É nesse contexto, por exemplo, que a Lei n.º 12.846/2013, nomeada de Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira estabelece no inciso VIII, do art. 7º que as sanções aplicadas às empresas poderão ser mais brandas quando ficar demonstrado a existência de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2013).

A Lei em comento inaugura no país o debate acerca do combate efetivo à corrupção nas relações corporativas, bem como naquelas que envolvam pessoas privadas e a administração pública. Ressalta-se que antes

da vigência da lei em apreço, o Brasil já havia recepcionado a Convenção Anticorrupção da OCDE, que é norma internacional sobre o tema de integridade das empresas.

O referido diploma apesar de não falar expressamente em *compliance* traz no seu texto elementos que o compõe, de modo que é verdadeira a afirmação de que todas as ações, procedimentos e mecanismos do inciso VIII, do art. 7º da Lei são integrantes de um programa de *compliance*, mas o referido programa não se resume a isso, sendo composto, ainda, por outros mecanismos, como o *due diligence*, que será objeto do tópico a seguir.

2.2 Definição e estrutura do *Due Diligence*

Os pilares do programa de compliance ditam o seu ritmo, bem como as diretrizes que devem ser tomadas por determinada corporação. Além disso, estabelecem os postulados para a criação dos mecanismos de prevenção e defesa em face de possíveis atos ilícitos.

O *due diligence* ou auditoria legal após a criação do programa surge como sendo um mecanismo que assegura a empresa ou entidade uma forma de defesa contra pessoas físicas ou jurídicas que pretendem com eles se relacionar, mas que têm baixa reputação perante a sociedade ou são alvos de processos judiciais ou investigações em órgãos e controle e fiscalização.

Nesse diapasão, o *due diligence* (ou a auditoria legal, como é conhecido nas ciências contábeis) é, na verdade, um procedimento dentro do programa de *compliance* que tem a finalidade de analisar a vida pregressa, financeira e jurídica do terceiro que pretende se relacionar ou interagir de alguma forma com determinada empresa. Ou seja: é uma diligência prévia com o foco de evitar prejuízos e responsabilidades decorrentes de acordos firmados.

Ressalta-se, no entanto, que o *due diligence* não tem previsão legal como instituto jurídico autônomo que estabeleça um conteúdo de regras e princípios próprios, nem mesmo como um conceito jurídico. Sobre a sua definição, assim se posiciona a doutrina:

Na verdade, uma *due diligence*

compreende um conjunto de atos investigativos que devem ser realizados antes de uma operação empresarial, seja pelo interessado em ingressar societariamente ou mesmo adquirir uma empresa, seja por parte de quem está repassando seu negócio. (ESCOBAR, 2018)

No mesmo sentido:

Due diligence é um termo que traduzido ao português significa diligência prévia. Compreende um conjunto de atos investigativos que devem ser realizados antes de uma transação entre empresas. (ASSI, 2018, p. 40)

Acrescenta o Professor Marcos Assi:

Especificamente no que se refere ao *due diligence* de terceiros, tem-se uma averiguação detalhada sobre o contexto jurídico-econômico em que está inserido um determinado prestador de serviços, representante comercial, parceiro de negócios, fornecedor ou consultor. Esta averiguação serve para mapeamento de possíveis riscos de fraudes, corrupções, lavagem de dinheiro, entre outras ilicitudes que possam acabar trazendo à sua empresa (contratante) passivos administrativos e judiciais, além de perdas financeiras e reputacionais (ASSI, 2018, p. 71-72)

Há ainda quem defina a auditoria legal como sendo um procedimento multidisciplinar com o intuito de obter informações desconhecidas do domínio público:

A *due diligence* corresponde a um trabalho multidisciplinar, desenvolvido no interesse do comprador e realizado com a imersão dos avaliadores dentro da empresa-alvo, com a finalidade de levantar dados e informações que não sejam de domínio público e com a profunda e amplitude necessárias para compreender a real situação em que se encontra a empresa (MARTINS; MENEZES; BERNHOEFT, apud, RAUPP, 2018)

Ainda sobre a finalidade da diligência prévia afirma Escobar (2018):

Na execução de uma diligência prévia, o levantamento de dados será o mais amplo possível, abrangendo processos judiciais e administrativos, certidões de diversas áreas e repartições, contratos com obrigações a vencer, enfim, tudo aquilo que interfira no ativo, passivo ou justifique o contingenciamento (presente e/ou futuro) da empresa sob exame.

Somando-se essas informações aos balanços e demais dados contábeis, fiscais e financeiros, haverá um panorama mais cristalino, fazendo com que a decisão final sobre a operação seja pautada por riscos calculados ou que, a depender do resultado da *due diligence*, todo o processo seja tempestivamente “abortado”.

A análise da diligência prévia engloba uma série de fatores que serão importantes para a identificação de potenciais riscos na relação com terceiros que, por ventura, possa ser firmada.

Entretanto, a auditoria legal também pode ser realizada depois da formalização de ato ou acordo com pessoa potencialmente lesiva, de modo que nesse caso a investigação será realizada com base nas informações obtidas ou encontradas até o momento, devendo informar às autoridades sobre o caso e contribuir com a investigação, mas não garante a exclusão da responsabilidade do sucessor em caso de arrendamento, fusão ou incorporação.

O procedimento de *due diligence* pode desenvolver-se em diversos níveis e em diferentes momentos. Recomendase que seja realizada em uma fase anterior à execução do negócio; caso contrário, deve desenvolver-se no período decorrente entre a celebração de um contrato promessa ou a aquisição de obrigações preliminares de outra natureza e a fase de conclusão do negócio (RAUPP, 2018)

Em casos específicos de diligência legal

após a realização de acordo, as autoridades Americanas, com base na Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), a Lei Anticorrupção dos EUA, já inocentaram a empresa sucessora quando essa comunicou os atos de ilegalidade e atuou como parte aplicando as sanções administrativas cabíveis e fornecendo informações e documentos as autoridades:

Em alguns casos, autoridades norte-americanas responsabilizaram apenas a empresa antecessora por violações ao FCPA quando tais violações foram descobertas em *due diligence* pós-operação. Nestes casos, a empresa sucessora fez o reporte do ilícito, conduziu investigações internas, cooperou com as autoridades e adotou medidas de remediação adequadas. (SANCOVSK; MAGALHÃES; ORTELETTI, 2018)

A regra da auditoria legal é assegurar uma visão completa dos ativos e passivos de terceiros, bem como os riscos que possam vir a surgir, em caso de relação entre as partes, seja de natureza judicial, financeira ou reputacional, de modo que a atuação do *due diligence* é sempre aconselhável como procedimento que antecede a formalização de acordo entre as partes.

2.3 O *Due Diligence* no processo de Fusão de Corporações

Aparentemente, a auditoria legal, pelo menos em análise preliminar, denota uma atuação procedimental voltada para a relação de empresas com terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, com enfoque na concretização de negócios jurídicos, geralmente, para o fornecimento de produtos ou serviços.

Ocorre que a mesma lógica do *due diligence* é utilizada para a fusão de empresas, corporações e organizações, ou seja, no processo de fusão uma determinada empresa ou as duas deflagram o processo de auditoria legal para melhor conhecer aquele com o qual pretende se fundir.

Aliás, algumas definições de *due diligence* já são delimitadas tomando como base a finalidade que pretende atingir, como a de Correa de Sampaio que ao tecer comentários

sobre o assunto, atrela a definição as noções de fusão e aquisição:

A *due diligence* é um procedimento de análise levado a cabo normalmente pela compradora com a colaboração da vendedora e tem por finalidade verificar e avaliar a situação das empresas e/ou dos negócios a transaccionar, seja para determinação do real valor das empresas e seus activos, verificação do funcionamento da empresa e do cumprimento das regras legais, avaliação dos riscos inerentes, garantias a prestar, determinação de responsabilidades ou outras, consoante cada caso concreto. *Due diligence* significa, numa óptica jurídica, o que fazer para verificar que o objecto da operação pode ser transacionado legítima e livremente e apresenta as características e tem o valor que o vendedor lhe atribui, bem como para garantir, tanto quanto possível, o regular cumprimento de obrigações legais ou contratualmente assumidas, prever riscos e definir a sua partilha pelas partes, definir garantias e evitar eventuais situações de incumprimento. (SAMPAIO apud, ROSA, 2018)

Raupp (2018) especifica o que as empresas buscam com a auditoria legal nos casos de fusão:

Alguns objetivos da utilização de *due diligence* pela parte compradora são: identificar e gerenciar riscos de diversas áreas (ambiental, TI, fiscal, trabalhista, financeiro), avaliar compatibilidade de filosofia, confirmar a rentabilidade da operação (EBITDA), base de cálculo do goodwill, quantificar o patrimônio contábil, conhecer o funcionamento da empresa, identificar pontos fortes e fracos, entender a gestão administrativa e contábil, conhecer o ambiente de controles internos, avaliar o risco, fornecer dados para minuta do contrato de fusão e aquisição, fornecer dados para planos de pós-aquisição e fornecer dados para planos financeiros de aquisição.

Quanto aos objetivos da parte

vendedora, ao contratar uma *due diligence*, podem ser citados: antecipar problemas e prever soluções, conhecer o funcionamento da empresa, entender a gestão administrativa e contábil, conhecer o ambiente de controles internos, auxiliar a formação do preço de venda do negócio, fornecer dados para minuta do contrato de fusão e aquisição, fornecer dados para planos de pós-aquisição e fornecer dados para planos financeiros de aquisição.

Para Assi (2018, p. 78), o *due diligence* permite ainda que o comprador tenha ciência prévia, antes de concretizar o negócio de aspectos determinantes para tomar a sua decisão, dentre eles:

- (i) conheça eventual risco de cancelamento de contratos com clientes e fornecedores em razão da operação de fusão e aquisição ou compra e venda de empresa;
- (ii) avalie a sociedade-alvo;
- 9iii0 comprove a sua competitividade;
- 9iv) avalie a necessidade de prever indenizações para hipóteses distintas.

Além disso, a auditoria legal atua como um importante mecanismo capaz de identificar possíveis casos de corrupção na empresa-alvo.

Em caso de identificação positiva de casos de corrupção ou de passivos fiscais, trabalhista e outros, a empresa adquirente deve analisar e pesar as consequências da fusão, porquanto, com esta o sucessor assume a responsabilidade pelo passivo, bem como pelos atos anteriormente praticados e considerados como antijurídicos.

Marcos Assi (2018, p. 81) defende que a empresa interessada em aquisição ou fusão deve ponderar se os mecanismos de defesa (rescisão contratual, demissão, denúncia e outros) previstos no seu programa de *compliance* serão o bastante para sanar as ilicitudes identificadas, sob pena de desistência do acordo, ou possibilidade de assumir a responsabilidade como sucessor:

- Caso as medidas acima não se mostrem eficientes e, como consequência, persistam riscos de sanções administrativas, civis e criminais, de inviabilidade econômica, danos

reputacionais e de imagem, a alternativa mais segura é a desistência da operação.

O procedimento de auditoria legal, como demonstrado assume papel crucial na análise acerca da viabilidade de fusão ou aquisição de empresas, corporações e etc, podendo atuar, inclusive como atenuante ou excludente de responsabilidade.

3 O DUE DILIGENCE COMO PARÂMETRO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO NOVO PARTIDO

3.1 A responsabilidade do partido político pós-fusão

A responsabilidade do novo partido político decorrente de fusão entre dois ou mais partidos não é pacífica, nem está prevista na Lei n.º 9.096/90, porém, há alguns indícios de que é possível a aplicação da Legislação esparsa, notadamente, aquelas de natureza cível, como marco para a demonstração do grau de responsabilidade do partido pós-fusão.

No julgamento do PC nº 17 (35500-46.2008.6.00.0000) IDF. Relator: Ministro Arnaldo Versiani, o Tribunal Superior Eleitoral julgou irregular as contas do Partido da República – PR, pois na sua criação, decorrente da Fusão do PL com o PRONA não foi observada a necessidade de unificação dos ativos e passivos dos referidos partidos, agora sob a responsabilidade do PR.

Para embasar a tese que justificou a desaprovação das contas, o TSE se utilizou da definição de fusão do art. 228 da Lei n.º 6.404/1976, principalmente da sua parte final, que determina a sucessão em todos os direitos e obrigações, para afirmar que com a criação do PR, deveria o novo partido ter unificado os bens, contabilidade, contas e passivos do PL e PRONA, tudo agora sob a sua responsabilidade:

- “4.2. Em que pese os esclarecimentos do partido, considera-se a ocorrência não sanada, uma vez que a não-regularização das pendências relacionadas com a transferência dos bens, dos direitos e das obrigações do PRONA para a contabilidade do PR impede a verificação

da real movimentação financeira e patrimonial das contas do partido. Assim, o patrimônio do PL e o do PRONA devem ser somados para formar o do PR, conforme preceitos estabelecidos no art. 228 e seguintes da Lei n. 6.404/1976 e alterações posteriores, in verbis:

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.” (BRASIL, 1976)

Cumpra salientar que a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, no caput do art. 29 silencia quanto a responsabilidade do novo partido constituído por fusão, assim, a decisão acima transcrita, por ser da época da Lei em vigor é utilizada como baliza para a compreensão de que a Lei Civil pode ser utilizada para suprir eventuais lacunas na Lei específica.

Vale salientar que a tese de utilização de legislação diferente para preencher as lacunas da LOPP, pode induzir o julgador a aplicar também aos partidos políticos a Lei Anticorrupção – lei n.º 12.846/2013, por ser os partidos políticos pessoa jurídica de direito privado e por inexistir previsão de responsabilidade dos partidos e sanções nos casos de ocorrência de atos de corrupção.

A doutrina pátria diverge quanto ao ponto em tela, porquanto, o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 12.846/2013 trouxe um rol de pessoas a quem seriam aplicáveis a aludida lei e nele não inseriu os partidos políticos:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (BRASIL, 2013)

Nesse sentido:

Da leitura do citado dispositivo

extrai-se que a Lei 12.846/13 aplica-se às seguintes espécies de pessoas jurídicas: (i) sociedades; (ii) fundações e (iii) associações, todas personificadas ou não, constituídas de fato ou de direito. Ora, a epígrafe da lei proclama instituir mecanismos de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção. Porém, o dispositivo sub oculis, desavergonhadamente, limita as pessoas jurídicas passíveis de responsabilização ao contemplar um rol de pessoas jurídicas menor do que aquele albergado no artigo 44, do Código Civil Brasileiro, que dispõe serem pessoas jurídicas de direito privado (i) as associações; (ii) as sociedades; (iii) as fundações, (iv) as organizações religiosas, (v) os partidos políticos e (vi) as empresas individuais de responsabilidade limitada. (FERREIRA, 2018)

Contudo, há outra ala da doutrina que entende que a omissão do legislador em mencionar os partidos no dispositivo da Lei Anticorrupção não isenta os partidos dos seus efeitos, isso porque no atual momento histórico, o giro hermenêutico tem possibilitado interpretações extensivas com o fito de moralização da política e dos partidos políticos frente aos escândalos de corrupção.

O Juiz de Direito do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Anderson Ricardo Fogaça em decisão, por exemplo, equiparou os partidos políticos a associações de representação popular para aplicar a Lei n.º 12.846/2013:

Embora a lei não inclua expressamente os partidos políticos entre as pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a administração pública, entendo que a jurisprudência deverá caminhar pela sua aplicação a tais entes por se tratar de “associações civis, que visam assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”, como explica Maria Helena Diniz em seu Curso de Direito Civil. (BRASIL apud, RIBEIRO, 2018)

Outrossim, o parágrafo único do art. 1º da

Lei Anticorrupção pode ser interpretado como um rol meramente exemplificativo à luz do art. 44 do Código Civil, que constitui a natureza das agremiações como pessoa jurídica de direito privado, a Lei em questão passaria a ser aplicada a aqueles.

E se aplicada, a Lei n.º 12.846/2013 prevê a responsabilidade da nova agremiação constituída por fusão quando comprovada a ocorrência de atos de corrupção praticados por partido que aderiu a fusão, mas limita as sanções aplicáveis:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. (BRASIL, 2013)

Há, ainda, as sanções previstas na Lei Orgânica dos Partidos Políticos que pode atingir o novo partido, por uma interpretação calcada em premissas lógicas, pois, se com a fusão há o fenômeno da sucessão de direitos e obrigações, consequentemente, de alguma forma o partido pós-fusão poderá ser afetado.

As sanções da LOPP estão elencadas no art. 28:

Art. 28. O Tribunal Superior Eleitoral, após trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado:

I - ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeira;

II - estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros;

III - não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça

Eleitoral;

IV - que mantém organização paramilitar. (BRASIL, 1990)

Tais sanções aplicadas pelo TSE em decisões com trânsito em julgado também na linha que se tem seguido são possíveis de se aplicar ao Partido oriundo de fusão, em algumas situações com a modulação de efeitos.

Outra sanção possível é a suspensão do repasse de recursos do fundo partidário em razão da não prestação de contas de um dos partidos que aderiu a fusão, o que pode impactar o novo partido.

Por fim, a fusão entre partidos políticos necessariamente conduz a criação de um novo partido, mas com filiados e uma história partidária e política que os acompanha, logo é indissociável da fusão entre partidos, a sucessão reputacional, ou seja, o novo Partido com novo nome, sigla e número passa estará sendo dirigido ou, pelo menos, estará com filiados acusados em escândalos de corrupção.

Portanto, a fusão também pode constituir ato prejudicial a imagem da nova Agremiação que resultará não na aplicação de sanções judiciais, mas de natureza política, como a perda de votos, capital político e outros.

Portanto, importante a implementação de mecanismos que possam prevenir os partidos acerca dos riscos de uma eventual fusão.

3.2 O *Due Diligence* como proteção a nova agremiação

Como já bem demonstrado, o programa de *compliance* quando aplicado no âmbito dos partidos políticos possibilita maior transparência e previsibilidade dos atos praticados, com maior segurança jurídica para os atos formalizados.

Também ficou consignado que apesar da proposta, o programa de conformidade não consegue impedir que atos de corrupção possam acontecer, mas tenta evitar ao máximo, já que as suas ações são concentradas nos riscos identificados com potencialmente mais perigosos para a atividade desenvolvida.

Tanto é verdade que ISSO 19600 que trata sobre o *compliance* defende que nos casos de noncomplicance, ou seja, o programa não conseguiu evitar atos ilícitos, em situações

como estas, o sistema deve “reagir para controlar e corrigir a situação; administrar as consequências; avaliar as necessidades de uma ação para eliminar a causa da não conformidade.” (VERISSIMO, 2018, p. 303). Com isso, se quer demonstrar que o programa de conformidade é um processo dinâmico que envolve diversas esferas e fases para o seu regular funcionamento.

É nesse prisma que o mecanismo do *due diligence* se insere. Em um sistema dinâmico que não permite lacunas para a ocorrência de irregularidades, mas em caso de situações negativas, há sempre uma medida a ser tomada para diminuir a potencialidade do ato.

A auditoria legal é a defesa técnica que as agremiações partidárias se utilizarão para sua defesa perante o Poder Judiciário e órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios contra eventuais investigações e/ou processos contra partidos que venham a aderir a processo de fusão.

Os partidos são peças essenciais a democracia, mas como todas as pessoas, físicas ou jurídicas não são imunes a lei, logo deverão ser preservados, todavia, “devem eles se sujeitar-se a determinadas balizas, considerando inexistir direito absoluto em nosso ordenamento”. (BENJAMIM, 2017, p. 133)

A posição partidária dentro das regras do jogo democrático lhe impõe um cuidado maior nos casos de fusão, sendo imprescindível para eventuais defesas a prévia auditoria, de modo a investigar a vida pregressa dos partidos e dos seus dirigentes, bem como uma análise minuciosa do financeiro, contábil, fiscal, trabalhista e, sobretudo, as suas relações com grandes corporações e administração pública.

Entretanto, como ficou claro, o *due diligence* não se trata de um procedimento que soluciona problemas, em verdade, a função primordial do mecanismo é garantir transparência e verdadeira realidade da situação da agremiação, e não só o que se vê se aparência e informações disponíveis.

Nesse sentido, a auditoria legal dará subsídios aos partidos para definir de forma discricionária o prosseguimento de eventual fusão com outros partidos, conhecendo os fatos e assumindo de certa forma a responsabilidade

por quaisquer sanções que possam ser impostas, salvo se atuar no sentido de sanar as irregularidades, geralmente, com a denúncia em órgãos oficiais, ações de responsabilização e contribuir com investigações, de modo a tentar elidir a responsabilidade do novo partido e de seus dirigentes.

O *due diligence* também seria importante para contrapor a situações futuras de denúncias e escândalos envolvendo partidos que aderiram a união, posto que a época da fusão nada exista e o procedimento da auditoria comprovaria a rica e vasta pesquisa sobre a agremiação.

A Lei Anticorrupção quando aplicada, por exemplo, possibilita a redução da gravidade da sanção em razão da existência do *due diligence*, que faz parte do programa de *compliance* e em alguns casos como visto em decisões dos EUA, é possível excluir por completo a responsabilidade quando a auditoria ajudar a responsabilizar os culpados originários.

Essa interpretação da FCPA é possível de aplicação no cenário jurídico brasileiro, pois as legislações têm o mesmo espírito e finalidade, logo o caso abordado visto como interpretação plausível para o direito brasileiro.

Assim, por meio do *due diligence* não só é possível atenuar as sanções potencialmente aplicáveis a uma nova agremiação que se originou de processo de fusão, como poderá excluir por completo a responsabilidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em comento pretendeu demonstrar que no novo cenário político nacional e em virtude das alterações da legislação que estabeleceram cláusulas de desempenho aos partidos como requisito de acesso a distribuição dos valores do fundo partidário e do tempo gratuito de rádio e televisão, haverá uma grande demanda de fusão entre agremiações partidárias com o intuito de manter o acesso a tais benefícios.

Em razão disso, os processos de fusão devem resguardar maiores cautelas, sobretudo, quando um ou mais partidos interessados em união sejam alvos de operações ou processos por atos ilícitos, posto que é possível a aplicação de responsabilidade ao partido sucessor (pós-fusão), por atos praticados por um dos partidos

antes da fusão.

E para evitar a responsabilização do novo partido, o *due diligence* surge como um mecanismo de defesa, seja como espelho para uma fusão consciente do passivo ou como meio para desenvolvimento de ações de responsabilização, evitando-se a responsabilidade do partido decorrente da sucessão.

O presente artigo não defende que a Lei n.º 12.846/2013 deve ser aplicada aos partidos políticos, mas traz a possibilidade de aplicação da mesma às agremiações, nem garante como certa e permanente a interpretação do TSE declinada, sendo apontada como indício de que pode ser utilizada a mesma regra, e como tal, em caso de aplicação das normas e entendimentos, o procedimento capaz de elidir a responsabilidade do partido seria o *due diligence*, assim como também pode ser utilizado para atenuar ou excluir a responsabilidade em outras áreas como a cível e criminal.

A adoção do programa de *compliance* nos partidos políticos é a solução atual e menos drástica para solucionar a crise partidária, a crise de representatividade, enaltecendo a constituição e LOPP que garantem a autonomia, que será reforçada com um programa de conformidade preparado e eficaz, evitando, por corolário, as defesas de algumas alas na criação de agências reguladoras de partidos políticos.

REFERÊNCIAS

- ASSI, Marcos. **Complicance: Como Implementar**. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.
- BENJAMIM, Antonio Herman. Clausula de Desempenho: Pluralismo Partidário e Governabilidade. In: PEREIRA, Erick Wilson. **Reforma Política Brasil República**: Em Homenagem ao Ministro Celso de Melo. Brasília: Oab, Conselho Federal, 2017. p. 13-402.
- BRASIL. Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995. **Lei Orgânica dos Partidos Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- _____. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. **Lei Anticorrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- _____. Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000. **Convenção da OCDE**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.
- _____. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. **Sociedade por Ações**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 25 nov. 2018.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0000070-98.2014.6.08.0000**. Relator: Min. Luiz Fux. DJE: 23/06/2015. Disponível em: <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348523452/agravo-de-instrumento-ai-7098-vitoria-es/inteiro-teor-348523452>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programas de Compliance**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.
- ESCOBAR, Gustavo. **Você sabe o que é Due Diligence?** Disponível em: <<http://www1.redegestao.com.br/cms/opencms/desafio21/artigos/gestao/organizando/0019.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- FERREIRA, Gustavo Costa. **Partidos Políticos ficaram de fora do âmbito de aplicação Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção)**. Disponível em: <<https://gustavocostaferreira.jusbrasil.com.br/artigos/174301099/partidos-politicos-ficaram-de-fora-do-ambito-de-aplicacao-lei-12846-13-lei-anticorrupcao>>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas: 2017.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR

STANDARDIZATION. ISO 19600: Sistema de gestão de compliance. 2014. Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/noticias/4857-lancamento-da-versao-em-portugues-da-iso-19600-2014-sistema-de-gestao-de-compliance-diretrizes>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Direito Eleitoral. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas: 2018.
MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: Concorrência e Combate a Corrupção.** São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

RAUPP, Fabiano Maury. **Utilização da Due Diligence em Processos de Fusão e Aquisição.** Disponível em: <<http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/pensarcontabil/article/viewFile/4/4>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

RIBEIRO, Racielly Bruna Aquino. **Aspectos gerais acerca da lei anticorrupção e sua aplicação aos partidos políticos.** Disponível em: <<https://raciellybruna.jusbrasil.com.br/artigos/494242377/aspectos-gerais-acerca-da-lei-anticorruptao-e-sua-aplicacao-aos-partidos-politicos>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SANCOVSKI, Michel; MAGALHÃES, Paula; CORTELETTI, Maria Eduarda. **Compliance anticorrupção em due diligence de M&A.** Disponível em: <<http://www.canaldeempresas.com.br/artigo/compliance-anticorruptao-em-due-diligence-de-ma/206>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: Incentivo a adoção de medidas anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2018.