

## **MANUAL SOBRE A LEI ANTICORRUPÇÃO – LEI 12.846/2013 COMO AS EMPRESAS DEVEM SE PREVENIR DAS SANÇÕES PREVISTAS POR ESTA LEI – O PROGRAMA DE COMPLIANCE**

### **1. INTRODUÇÃO**

Buscamos elaborar um manual prático sobre a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, visando permitir que as Federações e os Sindicatos do comércio, bem como as empresas comerciais, conheçam, de forma rápida e objetiva, as normas e fundamentos desta nova legislação, bem como as ações que os empresários devem tomar para prevenir a responsabilidade civil objetiva de uma empresa quando alguém praticar, em seu interesse e benefício, atos de corrupção em prejuízo da administração pública nacional.

No entanto, devemos, antes, apresentar breves comentários sobre as noções de corrupção e responsabilidade civil objetiva, bem como tecer algumas considerações sobre a legislação internacional que ampara a Lei brasileira.

### **2. SOBRE O CONCEITO DE CORRUPÇÃO**

É difícil estabelecermos uma conceituação universal da corrupção, já que esta tem diferentes conotações e matizes nas diversas partes do mundo. O termo envolve aspectos sociológicos, culturais, regionais e até uma certa tipologia de condutas, tais como corrupção endêmica, corrupção institucional, corrupção funcional e outras. Também é desafiador obtermos um conceito jurídico abrangente, sempre sujeito às naturais controvérsias no mundo do Direito.

Estudiosos do tema, como os professores Marco Petreluzzi e Rubens Rizek,<sup>1</sup> em obra recente, elaboraram conceitos sobre o tema que poderiam ser sintetizados da seguinte forma: *corrupção é um desvio de poder, em que uma pessoa age, em conexão com qualquer ente público, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem*

---

<sup>1</sup> PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014. 112p.

*ilícita de qualquer natureza*. Corrupção envolve, portanto, uma interação direta ou indireta com o Poder Público.

O conceito internacional de corrupção tende a ser mais elástico e poderia ser entendido como um gênero de comportamento humano que contempla vários tipos de conduta. Os autores que acima citamos lembram que, numa perspectiva ampla, diversos tipos penais encontrados no Código Penal brasileiro poderiam ser englobados como corrupção, tais como peculato, emprego irregular de verbas ou rendas públicas, advocacia administrativa, tráfico de influência, exploração de prestígio e outros. Essas formas de conduta poderiam ser consideradas como corrupção *lato sensu*, diferentemente da concepção *stricto sensu*, definida no Código Penal nos Artigos 333 e 317 (corrupção ativa e corrupção passiva).

### **3. SOBRE O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA**

O padrão básico da responsabilidade civil é o da *responsabilidade subjetiva*, ou seja, a responsabilidade *com culpa, que envolve a ação consciente e voluntária de uma pessoa que pratica um ato danoso contra alguém. A pessoa quer praticar um ato danoso*. Mas pode envolver também o que chamamos de culpa *stricto sensu*, ou seja, a pessoa não tinha a intenção de praticar o dano, mas praticou porque violou o chamado *dever de diligência*. As duas formas de culpa, ou seja, a culpa intencional e a culpa não intencional, estão previstas no Código Civil, no Artigo 186.

Já a *responsabilidade objetiva* se caracteriza pela ausência de averiguação de culpa do agente que provocou a lesão. Basta que se configurem três situações: a) a ação do agente; b) a existência da lesão; e c) o nexo causal entre essa ação e o resultado danoso. Essa noção de responsabilidade objetiva se consolidou a partir do desenvolvimento da teoria do risco, sendo o caso típico o dos transportes aéreo, marítimo ou terrestre, em que, na hipótese de ocorrência de um acidente no qual o passageiro é vítima, o transportador assume o risco e tem a obrigação de indenizá-lo, independentemente da existência ou não de culpa do condutor do veículo (Art. 734 do Código Civil).

Por outro lado, de acordo com o Artigo 927, Parágrafo único do Código Civil, a responsabilidade objetiva ocorre em duas hipóteses: a) quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos; b) *“nos casos especificados em lei”*. Enquadra-se nesta última hipótese a Lei 12.846/2013, considerando-se que a

responsabilidade civil objetiva da empresa ali prevista *decorre justamente da vontade legal*.

A responsabilidade civil objetiva, conforme visto, *é amplamente adotada no Direito brasileiro e incorporada, inclusive, à própria Constituição de 1988*, valendo citar a norma constitucional contida no seu Artigo 37, parágrafo 6º, segundo a qual as pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado, desde que sejam prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (Art. 37, parágrafo 6º).

Há outros exemplos na legislação infraconstitucional. Na área ambiental, a Lei 6.938/1981, Artigo 14, parágrafo 1º, determina que o agente poluidor, independentemente de culpa, deve indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente. Já no Código de Defesa do Consumidor (Artigos 12 e 14), há a responsabilidade objetiva do fornecedor em relação a coisas ou serviços, se houver defeitos nos produtos fornecidos ou por deficiente prestação dos serviços.

#### **4. A LEI 12.846/2013 FOI INSPIRADA EM COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL**

*A corrupção está sendo considerada, hoje, um fenômeno transnacional, fruto da intensa globalização e que precisa ser combatida por todos os países. Nesse contexto, a edição da Lei 12.846/2013 atendeu a compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil que estabeleceram regras de repressão à corrupção internacional.*

Podemos mencionar três marcos internacionais:

##### **a) Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996**

Em síntese, esta convenção declara que, entre seus vários propósitos, busca:

Promover o fortalecimento e o desenvolvimento, por todos os países, de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, buscando a cooperação entre os Estados Partes, inclusive mediante mecanismos para garantir que *as sociedades comerciais e outras associações mantenham controles internos que permitam às empresas detectar a ocorrência de atos de corrupção.*

Vale destacar que, pela primeira vez na seara internacional, o setor privado foi convocado a colaborar com o combate à corrupção, embora ainda não tenha se explicitado a responsabilidade jurídica das empresas. Passou a prevalecer a ideia de que o combate à corrupção não é tarefa exclusiva do Estado, mas também da sociedade civil.

**b) Convenção aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 17 dezembro de 1997**

As origens desta convenção remontam aos anos 1970, quando ocorreram vários escândalos financeiros nos Estados Unidos (EUA), a partir de ações corruptas de diversas empresas norte-americanas que repassavam propinas altíssimas a funcionários públicos estrangeiros. Atendendo a pressões da imprensa e da opinião pública dos EUA, o Congresso americano aprovou, em 1977, a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), que criminalizou a prática de corromper e subornar agentes públicos estrangeiros, além de aplicar pesadas sanções monetárias a pessoas físicas e jurídicas diante da prática de atos de corrupção.

Por outro lado, atendendo a pressões políticas dos EUA, a Organização para a OCDE aprovou e adotou, em 1997, a *Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, mencionando expressamente, em seu Artigo 2º, a responsabilidade das empresas pela prática de atos corruptos de agentes públicos estrangeiros.

*“Artigo 2º - Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.”*

Como se verifica, essa responsabilidade empresarial, no âmbito desta convenção, foi limitada apenas à existência, no âmbito da empresa, de corrupção de funcionário público estrangeiro.

**c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003**

Esta convenção, ao destacar a necessidade de criar laços de cooperação entre os países para o combate à corrupção, registra, também, que as políticas para sua prevenção e erradicação são responsabilidade de todos os Estados, *com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público*. Ganha realce, mais

uma vez, numa convenção internacional, a noção de colaboração entre os setores público e privado em relação a esse assunto.

Há um ponto importante na Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) que consta igualmente na Lei brasileira, como veremos a seguir: ela prevê, também, que os países estabeleçam normas para o setor privado relativas à adoção de medidas de natureza contábil e de auditoria, *especialmente controles internos para prevenir a prática da corrupção*, sob pena de sanções civis administrativas e penais no caso de não cumprimento dessas medidas, e outras providências voltadas para a transparência administrativa e financeira das empresas (Art. 12).

O conjunto dessas medidas denomina-se Programa de Compliance. A diferença é que na Lei brasileira essas medidas não são obrigatórias, porém são estimuladas, como forma de evitar a responsabilidade civil objetiva das empresas.

Por sua vez, em seu Artigo 26, estabelece a Convenção da ONU, no que tange à responsabilidade civil das empresas ante a prática de atos de corrupção:

*“Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados, de acordo com a presente Convenção.*


*Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.*

*Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilização penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.”*

Por fim, esse mesmo dispositivo declara que cada Estado Parte deverá impor sanções penais ou não penais eficazes, inclusive sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pela prática da corrupção.

## **5. ESTRUTURA DA LEI 12.846/2013**

A Lei 12.846/2013, embora seja chamada de Lei Anticorrupção, preferiu não utilizar o termo corrupção, certamente para fugir das discussões conceituais ou das diferentes definições legais sobre o tema. Ela se refere simplesmente à prática de atos lesivos à administração pública.



## 5.1 – Definições básicas

Vejamos as definições básicas dessa lei:

1º - A Lei prevê a responsabilidade objetiva, administrativa e civil, das *peças jurídicas* pela prática de *atos lesivos* contra a *administração pública nacional*. (Arts. 1º e 2º).

Essa regra envolve alguns conceitos, a saber:

I - A *administração pública nacional* compreende as esferas federal, estadual e municipal e contempla tanto a administração direta quanto a administração indireta, neste caso envolvendo empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista (vide definições contidas no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal e no Decreto-Lei 200/1967).

Por força da Convenção aprovada na OCDE, a Lei incluiu, também, como passíveis de responsabilidade os atos lesivos contra a administração pública estrangeira (Art. 1º).

II - São *peças jurídicas afetadas por esta lei* as empresas brasileiras, sejam elas sociedades empresárias ou sociedades simples, fundações privadas, associações de entidades ou pessoas ou sociedades estrangeiras que tenham sede no Brasil (Art. 1º, Parágrafo único).

III - *Uma empresa poderá sofrer a responsabilidade civil objetiva* quando alguém praticar, em seu interesse e benefício, ato lesivo à administração pública (Art. 2º). Aí se incluem dirigentes, gestores, prepostos, empregados em geral e até terceiros que estejam representando esses interesses empresariais e que sejam autores do ato lesivo (Art. 3º).

IV - Os dirigentes e administradores das empresas somente serão responsáveis *na medida de sua culpabilidade* (Art. 3º, § 2º).

V - *Atos lesivos à administração pública*, para os fins da Lei 12.846/2013, são aqueles que atentam contra o patrimônio público nacional, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, definidos pelo Artigo 5º, conforme listagem a seguir. São três os grupos de atos lesivos:

### **1º Grupo – Atos de caráter geral:**

#### **Artigo 5º:**

*Inciso I* - prometer oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a *agente público* ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Esse dispositivo contempla o sentido estrito, técnico e tradicional de corrupção, tal qual previsto no Artigo 333 do Código Penal (corrupção ativa). A redação desse artigo é muito próxima, como veremos a seguir:

“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

O agente público deve ser entendido como todo aquele que tiver cargos ou empregos na administração pública nacional direta ou indireta federal, estadual ou municipal.

*Inciso II* - financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na Lei 12.846/2013.

*Inciso III* – utilizar-se de interposta pessoa, física ou jurídica, para ocultar ou dissimular seus interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

### **2º Grupo – Atos relativos a licitações e contratos administrativos:**

Entramos aí na corrupção no seu sentido mais genérico, assim entendida como as condutas em geral que atingem a administração pública e os conceitos de moralidade administrativa. São os seguintes os atos acima referidos, transcritos da Lei 12.846/2014, artigo 5º, inciso IV:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais;
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública...”

### **3º Grupo – Atos praticados durante investigações de órgãos públicos**

Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

## **6. INSTAURAÇÃO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS:**

A instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – Artigo 8º.

Citaremos a seguir, em síntese, algumas regras da tramitação de processos administrativos:

- a) a autoridade instauradora, se assim entender, poderá delegar seus poderes de investigação para outra autoridade hierarquicamente inferior;
- b) a autoridade nomeia uma comissão processante formada, no mínimo, por dois servidores públicos;
- c) a Comissão tem prazo de 180 dias para concluir o processo, que poderá ser prorrogado por motivos fundamentados;
- d) a pessoa jurídica investigada terá 30 dias para apresentar sua peça de defesa, asseguradas todas as garantias constitucionais;
- e) concluído o processo, a Comissão processante encaminhará o relatório à autoridade instauradora, que proferirá seu julgamento (Art. 12);



- f) havendo aplicação de sanções monetárias e não se realizando o seu pagamento pela empresa, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública, para a devida cobrança (Art. 13, Parágrafo único);
- g) se for instaurado outro processo administrativo específico para apurar eventual dano sofrido pela administração pública, esse fato não prejudicará a aplicação imediata das sanções (Art. 13, *caput*).

No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União também está autorizada a instaurar processos, podendo, inclusive, avocar outros processos que estejam tramitando em qualquer órgão federal.

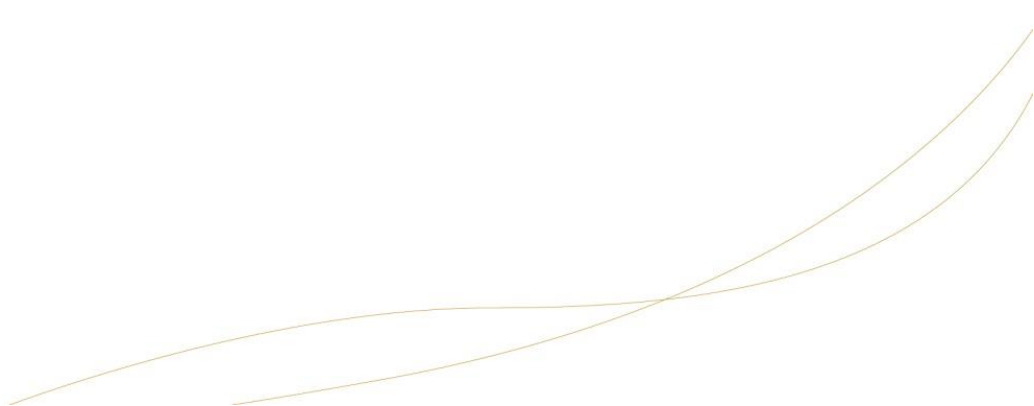
## **7. INSTAURAÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS**

Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização no âmbito judicial (Art. 18).

A Lei prevê a possibilidade de que a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público ingressem com ações judiciais contra as empresas que forem responsabilizadas por atos lesivos à administração pública, propondo as seguintes sanções, que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (Art. 19, *caput* e seu § 3º):

- a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem indevidamente recebida pela empresa em razão da prática de infração contra a Lei 12.846/2013;
- b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- c) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo de um ano e máximo de cinco anos.

Em casos mais graves, em determinadas hipóteses (Art. 18, § 1º): a dissolução compulsória da pessoa jurídica (Art. 19, § 1º).



## **8. DAS PUNIÇÕES ADMINISTRATIVAS – ARTIGO 6º DA LEI 12.846/2013**

Na esfera administrativa, as punições são as seguintes (Art. 6º):

- a) multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício da empresa, antes de instaurado o processo administrativo, excluídos os tributos (Art. 6º, inciso I);
- b) publicação extraordinária da decisão condenatória nos meios de comunicação de grande circulação no local da prática da infração e no local de atuação da pessoa jurídica (Art. 6º, inciso II e § 5º);
- c) não sendo possível, por qualquer motivo, o critério do valor do faturamento bruto, *as multas variam de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões* (Art. 6º, § 4º).

A Lei estabelece, também, os critérios de gradação da multa. Serão levados em consideração na aplicação da multa diversos critérios, como alguns que citaremos agora, de forma exemplificada (Art. 7º):

- a) a gravidade da infração;
- b) a vantagem ilícita auferida ou pretendida pelo infrator;
- c) a consumação ou não da infração;
- d) a situação econômica do infrator;
- e) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações (Acordo de Leniência);
- f) 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.

A hipótese prevista na letra “f” acima refere-se aos *Programas de Compliance*, dos quais falaremos adiante.

### **8.1 – Cadastro Nacional de Empresas Punidas**

Ainda em relação às punições sofridas pelas empresas, elas serão divulgadas por meio de um cadastro do Poder Executivo Federal denominado “Cadastro Nacional de Empresas Punidas” (Art. 22).

## 9. DO ACORDO DE LENIÊNCIA E SUAS VANTAGENS

As empresas que estiverem sendo responsabilizadas objetivamente por atos de corrupção praticados por seus representantes, empregados, gestores e terceiros poderão celebrar um acordo de leniência com a autoridade administrativa, o que reduzirá a sanção que lhe for imposta. O Acordo de Leniência envolve um compromisso de colaborar com as investigações realizadas pela autoridade administrativa e apresenta certa semelhança com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Há algumas condições para se celebrar esse acordo, que, em síntese, são as seguintes (Art. 16):

- 1) A pessoa jurídica admita seu envolvimento no ilícito e, desde logo, manifeste o interesse em cooperar na investigação do fato, facilitando, se houver, a identificação de outras pessoas físicas envolvidas na infração, além do infrator principal.
- 2) Que essa cooperação seja plena e permanente e possa resultar no acesso a informações e documentos que comprovem a ocorrência do ilícito sob apuração.
- 3) A pessoa jurídica cesse completamente o seu envolvimento na infração.

O Acordo de Leniência vai fixar as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração da empresa, de forma a permitir um resultado concreto da apuração (Art. 16, § 4º).

O referido Acordo propicia algumas vantagens. Ele isentará a empresa das seguintes sanções:

- a) a obrigação de divulgar a decisão condenatória nos meios de circulação;
- b) a proibição de receber incentivos e subsídios de órgãos públicos e de instituições financeiras públicas.

Outro benefício: reduzirá em até 2/3 a multa aplicável por atos lesivos à administração pública (ou seja, aquela multa calculada na proporção de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto da empresa ou a multa calculada em reais, de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões (Art. 16, § 2º).

Esses benefícios não se estendem, porém, à obrigação de reparar o dano provocado à administração pública, se houver (Art. 16, § 3º).

## **10. O PROGRAMA DE COMPLIANCE. SEUS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS. ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA AS EMPRESAS**

O Programa de Compliance é a melhor fórmula que a empresa pode adotar para se prevenir contra a responsabilidade civil objetiva prevista na Lei 12.846/2013. Trata-se de providência utilizada internacionalmente pelas empresas em geral para se imunizar contra atos de corrupção praticados por seus dirigentes, empregados e representantes em geral e constitui importante mecanismo de governança corporativa para evitar as pesadas sanções legais. Não será, evidentemente, uma imunização absoluta, já que situações imprevisíveis podem ocorrer, apesar das medidas preventivas adotadas. Não obstante, tal programa reduz a incidência de atos lesivos à administração pública e será aproveitado como fator de mitigação de responsabilidade da empresa que estiver sendo processada pela prática dos atos previstos no Artigo 5º da Lei 12.846/2013. Tal programa deverá ser, futuramente, regulamentado pelo Poder Executivo federal, conforme o Artigo 7º, inciso VIII e Parágrafo único da aludida lei.

Tal Programa, portanto, *tem dois objetivos*:

- a) evitar, na medida do possível, a prática de atos corruptos no seio corporativo, o que exclui as empresas das pesadas sanções previstas na Lei 12.846/2013;
- b) caso se caracterize, malgrado as medidas preventivas adotadas, um caso de corrupção numa empresa, desde que caracterizada a existência de ato previsto no Artigo 5º da referida lei, o Programa servirá como redutor das sanções decorrentes da responsabilidade civil objetiva da empresa.

Nada impede que programas de compliance anticorrupção sejam formulados antes da edição do Decreto regulamentador da Lei 12.846/2013, embora não sejam obrigatórios. Entretanto, a antecipação dessas providências permitirá o desestímulo efetivo a atos ilícitos previstos na Lei em questão, introduzindo saudáveis práticas de inibição que afastarão, em grande parte, os riscos de se caracterizar, mais adiante, a responsabilidade civil objetiva da empresa.



## **10.1 - Programa de Compliance. Principais recomendações a partir da experiência internacional**


Programa de Compliance pode ser definido como *um conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e implementar princípios de ética no ambiente empresarial*. Embora compliance tenha um sentido amplo na prevenção de fraudes em geral, ele tem sido utilizado com frequência, no âmbito internacional, para prevenir, detectar e corrigir condutas ilícitas que possam envolver as empresas em atos de corrupção, com a adoção de *normas internas que busquem afastar, no ambiente corporativo, a prática de atos lesivos à administração pública*.

O Compliance anticorrupção não está ainda difundido no Brasil, mas algumas empresas já estão compelidas a adotá-lo, especialmente quando elas se associam a outras empresas estrangeiras para fazerem negócios no Brasil, pois estas se acham obrigadas a observar uma regulação específica sobre o assunto, por pressão das Leis de seus respectivos países. A empresa que adotar tal programa deve elaborá-lo de forma estritamente técnica, com o auxílio de profissionais da área do Direito, de empresas de auditoria e de especialistas na área de gestão privada. Vale lembrar, pela experiência norte-americana, o rigor com que o Compliance é exigido nos EUA, ficando claro, pelas diretrizes estabelecidas pelo Departamento de Justiça americano em relação ao Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (FCPA), que não serão aceitos meros “programas de papel”, e sim programas efetivos de prevenção à corrupção.

Não há “receita de bolo” para a elaboração de um programa de compliance, pois este varia de acordo com a dimensão, a complexidade e os objetivos das atividades empresariais. Tais programas também não devem ser onerosos e burocráticos, o que acabaria por inviabilizar a sua implementação. Vale, no entanto, a experiência internacional, da qual decorrem alguns princípios e procedimentos adiante mencionados.

### **I - Suporte da alta administração da empresa**

A alta administração de uma empresa deve prestigiar uma cultura organizacional, deixando claro para seus empregados a necessidade do cumprimento de normas legais e éticas na realização de negócios (procedimento conhecido como *tone from the top*). Ou seja, a mensagem deve ser de comprometimento de seus dirigentes em relação a uma conduta ética da empresa, em paralelo à obtenção de suas metas comerciais. Em grandes corporações, essa mensagem não deve se originar apenas de sua matriz, mas também dos líderes locais de suas filiais e demais unidades.



Para tanto, seus dirigentes devem ser assessorados por uma equipe de confiança de executivos de elevado nível hierárquico que tenha autonomia para implementar todas as medidas necessárias ao Compliance, mediante contatos frequentes com os mais elevados órgãos de governança da empresa. A essa equipe deve ser assegurado livre acesso aos empregados em geral, para que eles, de forma confidencial, possam relatar irregularidades de caráter ético (é o que a Lei brasileira chama de canal de denúncias).

Os executivos devem comunicar à alta administração e aos auditores das empresas as deficiências verificadas nos controles internos e a existência de fraudes que envolvam a atuação de empregados e outros representantes que atuem em nome da empresa, entre outras irregularidades e ilícitos que encontrar.

## **II - Controles internos das empresas. Mecanismos de natureza contábil, avaliação da escala e volume de negócios, códigos de conduta e outras providências**

Esses controles internos representam uma espécie de “exercício de autoconhecimento” da empresa por parte de seus gestores e envolvem diversos procedimentos de natureza contábil, jurídica e administrativa, podendo ser citados, a título de meros exemplos:

a) a aprovação de um código de conduta para seus empregados em que fiquem bem delineados os desvios de comportamento profissional;

b) controles contábeis eficazes que possam retratar fielmente o registro de transações, alienação de ativos e despesas em geral, com grau de detalhamento suficiente para satisfazer as necessidades de uma investigação decorrente da aplicação da Lei 12.846/2013. Nesse caso, é importante o requisito da transparência. Como exemplo, temos os brindes entregues a clientes, que devem ser registrados como tal, e não como “custos de marketing”. Da mesma forma, pagamentos referentes a desembaraço financeiro não podem ser embutidos genericamente como “custos de mercadorias vendidas”;

c) verificação dos contratos de patrocínio e das doações realizadas pelas empresas. Por exemplo, doações filantrópicas a Organizações não Governamentais (as ONGs) que podem ser meras receptoras de propinas pagas indiretamente a agentes públicos. Doações a partidos políticos e a candidatos a cargos políticos também devem ser verificadas;

d) as “transações sensíveis” devem ser selecionadas num contexto de maior percepção de ocorrência de corrupção;

e) avaliação da escala e do volume de negócios realizados pelas empresas nas diversas regiões em que atuar;

f) identificação dos processos e controles utilizados nas práticas de vendas ou para celebrar contratos e negócios em geral. Em particular, devem ser checados os desvios de conduta padrão, tais como descontos concedidos ou pagamento de comissões adicionais para a aquisição de bens ou prestação de serviços;

g) identificar as práticas utilizadas pelas empresas no oferecimento de presentes, viagens, cortesias ou convites para eventos de entretenimento.

### **III - Avaliação de risco de corrupção - As interações com órgãos governamentais. As cautelas a serem adotadas em caso de fusão e incorporação de empresas**

Essa avaliação é um dos pilares centrais para a criação e implementação de um programa de compliance. Há que se realizar um mapeamento das áreas de atuação da empresa em que haja maior risco da prática de irregularidades, especialmente em que ocorram interações com órgãos governamentais, como, por exemplo, no setor que cuida da participação da empresa em licitações públicas. Portanto, há que ser diagnosticado o nível de envolvimento da empresa em negócios com o governo e entidades públicas.

Outros fatores internos da empresa também devem ser verificados, como o histórico de violações e investigações em relação a atos de corrupção e fraudes em geral, o nível de rotatividade de empregados em determinados setores e outras investigações que possam contribuir para um método de classificação de riscos da empresa, contribuindo, inclusive, para a prioridade na alocação de recursos financeiros destinados a prevenir a prática de atos ilícitos no ambiente corporativo.

O objetivo é agir de forma preventiva, e não reativa, antecipando-se a empresa na repressão a condutas de natureza corrupta. Devem ser aprofundadas as informações referentes ao relacionamento dos empregados da empresa com funcionários e autoridades dos governos municipal, estadual e federal e realizar análises de percepção de risco em áreas sensíveis, como, por exemplo, os setores financeiro e de tecnologia de informação.

Uma área de grande interesse para o Compliance deve ser, em determinadas empresas, o conhecimento sobre a forma como são obtidas licenças e autorizações governamentais, em que, muitas vezes, são utilizados despachantes e outros profissionais que lidam com tais assuntos.

Os riscos de corrupção devem ser avaliados também nos casos de fusão e incorporação de empresas (Art. 4º, § 1º, da Lei 12.846/2013), o que pressupõe um

trabalho de “inteligência corporativa”, com estudos sobre o perfil da empresa-alvo, de seus executivos e de outros profissionais que exerçam funções relevantes, com utilização, inclusive, de bancos de dados públicos, sites existentes na rede mundial de computadores e demais pesquisas.

A avaliação de riscos de corrupção pode envolver recomendações no sentido de revisão do Programa de Compliance em regiões específicas de atuação da empresa ou em diferentes divisões ou departamentos, sempre com uma perspectiva de melhoria contínua desses programas. Por outro lado, essa avaliação deve ser conduzida de forma regular e periódica, em razão da dinâmica da própria empresa.

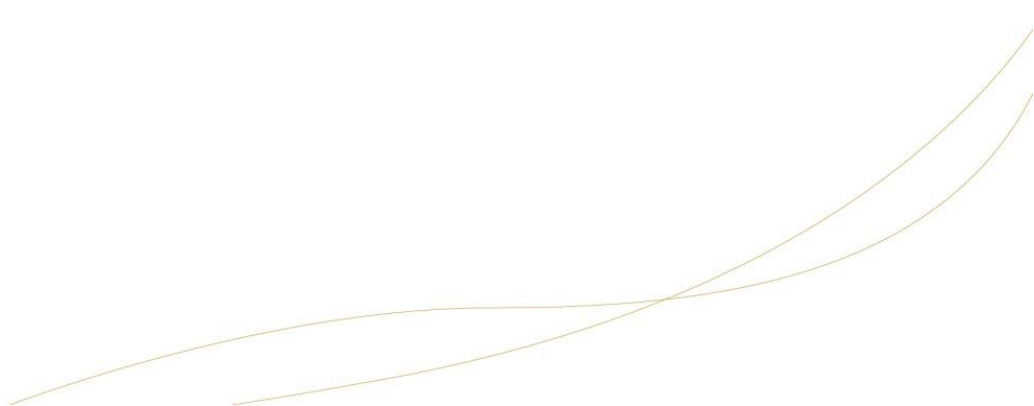
#### **IV - Comunicação clara das políticas e procedimentos corporativos. Treinamento contínuo, especialmente em situações concretas**

As políticas e procedimentos corporativos que visem prevenir a prática de atos de corrupção deverão ser comunicados periodicamente, de maneira clara, prática e acessível, aos empregados, prepostos e terceiros. O objetivo é estabelecer um nível de entendimento nas empresas suficiente para que tais iniciativas sejam consideradas eficientes e eficazes.

Os treinamentos sobre o assunto devem ser permanentes e sujeitos a atualizações e revisões, e devem se concentrar, de preferência, em situações concretamente vivenciadas no âmbito corporativo, o que envolve a identificação dos principais tópicos a serem abordados com os empregados, prepostos e representantes da empresa.

Os treinamentos presenciais devem ser priorizados, para melhor interação com os treinandos, esclarecimento de dúvidas e debates mais produtivos sobre situações corriqueiras nas empresas. A repetição dos treinamentos se justifica seja para introjetar permanentemente nos empregados e colaboradores as noções sobre as melhores condutas, seja pela própria evolução dos negócios corporativos ou pela mudança do cenário regulatório.

*Comunicação e treinamento são, portanto, referências sempre apontadas em programas de compliance.*





## **V - Monitoramento, auditoria e remediação. Formas para assegurar e certificar o cumprimento do Programa de Compliance**

Trata-se de um conjunto de medidas de supervisão adotadas pela empresa, destinadas a:

a) saber se os destinatários estão efetivamente cumprindo as normas internas baixadas pelas empresas, incluindo avaliações pessoais, com entrevistas. Com efeito, de nada servirá o esforço para se conceber numa empresa regras e demais medidas administrativas, se não forem efetivamente observadas no ambiente corporativo. Nesse contexto, avaliam-se, também, os mecanismos que permitam a comunicação de irregularidades a seus dirigentes;

b) identificar violações dessas normas, irregularidades e falhas em geral, aplicando-se, em casos graves, punições disciplinares;

c) detectar problemas com a devida antecedência, evitando-se que assumam proporções graves que possam prejudicar a empresa;

d) priorizar áreas em que o risco da prática de atos ilícitos seja maior, com realização de amostragem e escolha de prioridades em relação a setores que apresentem grande nível de exposição a violações;

e) sempre que necessário, corrigir rumos e deficiências e promover modificações de controles contábeis, financeiros e administrativos que não estejam funcionando, mediante testes de eficácia dos procedimentos de controle em vigor;

f) manutenção permanente de um canal de denúncias ou suspeitas com os empregados da empresa, inclusive de forma confidencial, permitindo notícias de possíveis infrações a serem investigadas;

g) preservação de possíveis fontes de evidências de irregularidades e seus respectivos documentos, propiciando ação ágil na apuração de fatos ilícitos.

## VI - A análise de atuação dos terceiros que representam as empresas – Due Diligence

A análise da atuação de terceiros intermediários que estejam agindo em nome da empresa em determinado negócio, tais como consultores externos e agentes de venda, denomina-se *due diligence*. Pessoas jurídicas utilizam-se de terceiros para a realização das mais variadas tarefas, tais como promoção e intermediação de vendas, obtenção de licenças, prestação de serviços jurídicos e outras, especialmente num contexto global, em que intermediários atuam em várias partes do mundo em questões comerciais financeiras, culturais e nas demais atividades. Em certos países, a depender da legislação, a atuação de terceiros em nível local pode, inclusive, tornar-se obrigatória. Nesse caso, a proximidade do terceiro com funcionário público brasileiro ou estrangeiro deve ser alvo de observação num programa de compliance, para que se evite ao máximo o pagamento de vantagens indevidas ao agente público ou oferecimento de qualquer objeto de valor econômico. Também se deve ficar atento para que uma eventual comissão a terceiros não embute qualquer propina, como pode ocorrer, por exemplo, num contrato de consultoria externa. A possível imprecisão de registros contábeis sobre pagamentos a terceiros pode levar a suspeitas, por falta de transparência administrativa nos controles internos das empresas. Logo, as ações preventivas devem visar que as empresas celebrem relações comerciais com parceiros idôneos e qualificados, sendo a gradação do risco medida pelas características do negócio e até pela verificação do local onde o negócio será celebrado, considerando-se, por exemplo, elevados índices de corrupção em setores de determinados países nos quais se pretenda fazer negócios.

Citando exemplificadamente algumas situações, a análise do *Due Diligence* vai checar os fatores de risco, conhecidos como *red flags*, fazendo-se indagações, tais como se o terceiro é ou foi funcionário público, se o terceiro tem laços estreitos com funcionários públicos, quem recomendou a utilização de terceiros, qual a sua remuneração, qual a sua reputação no âmbito comercial, se ele tem histórico de envolvimento em atos de corrupção, a natureza do negócio que ele vai intermediar, informações sobre o colaborador da empresa em sites públicos, bem como procedendo-se a levantamento de cadastros individuais em que figure o nome do terceiro, o valor de seu patrimônio e possíveis indícios de enriquecimento ilícito, entre outras hipóteses.

Caso decida pela contratação do parceiro, após prévio critério seletivo, a empresa deve inserir, em contratos de prestação de serviços, cláusulas assecuratórias que evitem que o contratado aja em nome da empresa mediante prática de atos ilícitos, tais como realização de auditorias financeiras, rescisão imediata do contrato em face de atos

inidôneos, compromissos de não violação de determinadas regras éticas e outras situações que forem peculiares ao contrato.

## **CONCLUSÃO**

Como vimos, a Lei 12.846/2013 introduz no Brasil normas já aplicadas em países estrangeiros, por força de convenções internacionais, a exigirem ampla análise por parte das empresas, em face da responsabilidade jurídica que assumem sempre que constatados atos lesivos à administração pública praticados em seu interesse e benefício. Temos a oportunidade de nos preparar melhor para a vigência dessa lei, adotando políticas e estratégias voltadas à erradicação da corrupção nas corporações e também uma postura de colaboração com os órgãos públicos, minorando os efeitos financeiros e demais consequências adversas das severas punições previstas na nova legislação.

