



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

BEATRIZ MIRANDA BATISTI

**COMPLIANCE E ANÁLISE DE RISCO PARAMETRIZADA
PARA PREVENIR A CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS EM
FACE DE NEGÓCIOS PÚBLICOS**

Londrina
2016

BEATRIZ MIRANDA BATISTI

**COMPLIANCE E ANÁLISE DE RISCO PARAMETRIZADA
PARA PREVENIR A CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS EM
FACE DE NEGÓCIOS PÚBLICOS**

Dissertação de Mestrado em Direito Negocial
da Universidade Estadual de Londrina, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Marlene Kempfer

Londrina
2016

BEATRIZ MIRANDA BATISTI

**COMPLIANCE E ANÁLISE DE RISCO PARAMETRIZADA
PARA PREVENIR A CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS EM
FACE DE NEGÓCIOS PÚBLICOS**

Dissertação de Mestrado em Direito Negocial
da Universidade Estadual de Londrina, como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre.
Orientadora: Profa. Dra. Marlene Kempfer

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a Dr^a Marlene Kempfer
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr^a Lilian Mara Aligleri
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Londrina, 12 de dezembro de 2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

BATISTI, BEATRIZ MIRANDA .

COMPLIANCE E ANÁLISE DE RISCO PARAMETRIZADA PARA PREVENIR A CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS EM FACE DE NEGÓCIOS PÚBLICOS / BEATRIZ MIRANDA BATISTI. - Londrina, 2016.

160 f. : il.

Orientador: Marlene KEMPFER.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Lei Anticorrupção, Compliance, Análise de Risco Parametrizada.; Cultura Organizacional. - Tese. I. KEMPFER, Marlene. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

Dedico este trabalho aos meus
primeiros mestres, Nélia e Leonir.

AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para que este trabalho fosse realizado colaborando das mais diversas formas para o meu aprendizado, orientando, encorajando nos momentos difíceis, corrigindo e me mostrando o rumo certo quando dele eu me desviava, renunciando minha companhia para que eu pudesse estudar, sendo compreensivo diante da minha ausência, ou simplesmente me amando, consolando ou mandando energias positivas.

“A administração é a arte de aplicar as leis sem lesar os interesses”.

Honoré de Balzac

“Porque, assim como os bons costumes precisam de leis para manter-se, também as leis, para serem observadas, precisam de bons costumes”.

Maquiavel

MIRANDA BATISTI, Beatriz. **Compliance e Análise de Risco Parametrizada para prevenir a corrupção nas empresas em face de negócios públicos**. 2016. 160f. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

RESUMO

Esta pesquisa objetiva apresentar mecanismo para prevenir a corrupção nas empresas privadas e estatais, em face de negócios jurídicos regidos por regime especial, que são aqueles celebrados quando uma das partes da relação jurídica é a administração pública direta, indireta ou as empresas estatais que atuam conforme art. 173 da Constituição Federal de 1988. Defende-se que a adoção de parâmetros de *compliance*, além de ser um instrumento eficaz para controle interno e formação de uma cultura organizacional ética, ao serem documentados terão, também, o condão de servir como prova nos processos administrativos e judiciais eventualmente movidos em face da empresa privada ou estatal e, assim, mitigar a responsabilização objetiva. Os instrumentos da análise de risco são essenciais para criação de um programa de *compliance* eficiente. Para tanto a metodologia da Análise de Risco Parametrizada apresentada poderá auxiliar as empresas privadas e as estatais no processo de redução das vulnerabilidades à corrupção. Considerando o recorte jurídico, foram fontes da dissertação a Lei 12.846/13, o Decreto Federal 8.420/2015 e a Lei 13.303/16, em razão do conjunto normativo que trazem para regular de forma repressiva e preventiva as condutas que possam ser tipificadas como infração de corrupção.

Palavras-chave: Lei anticorrupção. *Compliance*. Análise de risco parametrizada. Cultura organizacional.

MIRANDA BATISTI, Beatriz. ***Compliance and Parameterized Risk Analysis to Prevent Corporate Corruption In Governmental Deals.*** 2016. 160p. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016.

ABSTRACT

The purpose of this research is to present a mechanism to prevent corruption in private and public companies in their business relations with the Public Administration and governmental entities, including state-owned enterprises that operate in accordance with Article 173 of the Federal Constitution. Such business relations are governed by a special regime. It is sustained that the adoption of *compliance* standards, besides being an effective instrument for internal controls and development of an ethical culture within the organization, can also serve as evidence in administrative proceedings and judicial disputes involving the private or state company, mitigating objective liability. Risk assessment tools are essential for building an effective *compliance* program. In that regard, the Parameterized Risk Analysis methodology presented can help private and state companies to reduce corruption vulnerabilities. Considering the legal cut, sources of the dissertation were Law 12.846/13, Federal Decree 8.420/2015 and Law 13.303/16, in view of the normative set that they bring by regulating in a repressive and preventive way the conducts typified as corruption infractions.

Key words: Anti-Corruption Law. *Compliance*. Parameterized risk analysis. Organizational culture.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 -	Análise de Vulnerabilidades: Tecnologia.....	131
Ilustração 2 -	Análise de Vulnerabilidades: Capital Intelectual	132
Ilustração 3 -	Análise de Vulnerabilidades: Normas e Procedimentos	133
Ilustração 4 -	Análise de Vulnerabilidades: Cultura Organizacional	134
Ilustração 5 -	Análise de Vulnerabilidades: Práticas Sensíveis e Relacionamento com Autoridades e Terceiros.....	136
Ilustração 6 -	Matriz de Riscos	143

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Riscos Críticos e Estratégicos de Corrupção.....	118
Tabela 2 -	Critério de Substituição.....	123
Tabela 3 -	Critério Imagem	124
Tabela 4 -	Critério Extensão – Projeção dos Efeitos.....	124
Tabela 5 -	Cálculo de Perda. Critérios para Riscos Envolvendo Contratos com a Administração Pública	125
Tabela 6 -	Critério Legislação	126
Tabela 7 -	Critérios Aplicados no cálculo do Índice de Vulnerabilidade	129
Tabela 8 -	Fórmula Quantificação do Impacto (QI).....	139
Tabela 9 -	Fórmula Estimativa da Probabilidade	139
Tabela 10 -	Demonstrativo de Cálculos para Elaboração da Matriz	140
Tabela 11 -	Resultados da Análise de Vulnerabilidade (HeatMap)	142

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACA	Agência Anticorrupção, acrônimo de <i>Anti-Corruption agency</i>
CGU	Controladoria-Geral da União
DOJ	Department of Justice
SEC	Secretary of Exchange
FCPA	Lei contra as práticas corruptas no estrangeiro, acrônimo de <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
GPV	Gestão por Valores
IV	Índice de Vulnerabilidade
LAC	Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13)
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, acrônimo de <i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>
RSE	Responsabilidade Social Empresarial
UK BRIBERY ACT	Lei Antipropina Britânica
FDI	Foreign Direct Investment
ME	Microempresa
EPP	Empresa de Pequeno Porte
SEBRAE	Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13	
1	RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO, ESTADO E EMPRESA	15
1.1	CONCEITO OU COMPREENSÃO DO TERMO.....	16
1.2	REFLEXOS DA CORRUPÇÃO	22
1.3	PERCEPÇÃO E TOLERÂNCIA DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA	27
1.4	BASES HISTÓRICAS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL	30
1.5	A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO BILATERAL E AS FRENTE DE COMBATE	34
2	ESFORÇOS INTERNACIONAIS E MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO INTERNALIZADOS PELO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	38
2.1	POLÍTICAS ANTICORRUPÇÃO NA GLOBALIDADE	41
2.2	CONTRIBUIÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA POR MEIO DO FCPA (FOREING CORRUPT PRACTICES ACT)	44
2.3	A CONVENÇÃO SOBRE COMBATE À CORRUPÇÃO DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)	47
2.4	CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) CONTRA CORRUPÇÃO	49
2.5	CONTRIBUIÇÕES DO UK BRIBERY ACT	51
2.6	O PACTO GLOBAL E O NOVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDADE SOCIAL	53
3	MICROSSISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO	58
3.1	REGIME JURÍDICO PENAL	60
3.2	REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	63
3.3	INOVAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12846/2013) E A PREVENÇÃO DE RISCOS DE RESPONSABILIDADE PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA DAS EMPRESAS.....	65
3.3.1	Esfera de Atuação	67

3.3.2	Responsabilidade Objetiva.....	69
3.3.3	Condutas Antijurídicas e Riscos de Corrupção	73
3;3.4	Ferramentas Preventivas e Capazes de Mitigar as Sanções Existentes na Lei	76
3.4	CONTROLES DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS).....	83
3.4.1	Estabelecimento de Estruturas de Direção e Condições para o seu Exercício	87
3.4.2	Normas para Transparência e Controle nas Empresas Estatais.....	91
3.4.3	Código de Conduta e Integridade, Setor de Controle Interno e Área de <i>Compliance</i>	95
3.4.4	Normas de Transparência e Controle na Área de Licitações e Contratos.....	97
4	FUNDAMENTOS PARA UMA ADEQUADA IMPLANTAÇÃO DE COMPLIANCE	99
4.1	ÉTICA DE VALORES COMO ORIENTAÇÃO PERMANENTE DE EMPRESAS	99
4.2	GESTÃO POR VALORES E CULTURA ORGANIZACIONAL.....	102
4.3	ANÁLISE DE RISCOS E CRIAÇÃO DE UM PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	107
4.3.1	Requisitos para a Análise de Riscos	109
4.3.2	Entendendo os Riscos de Corrupção.....	111
4.3.3	Aplicação da Metodologia de Análise de Risco Parametrizada.....	113
4.4	CONTROLES INTERNOS E EXTERNOS E O DEVER DE RESPONSABILIDADE SOCIAL	147
	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS	152
	ANEXO I	150
	ANEXO II	160

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente o foco de preocupação com a corrupção se concentra na esfera pública. Entretanto, trata-se de fenômeno bipartido e eivado de reciprocidade. Ou seja, quando tipificada a corrupção tem-se a convergência de vontades entre o corrupto e o corruptor. As consequências diante de tais condutas sempre são nocivas, pois atingem o patrimônio público, o bom ambiente dos negócios privados e a confiança da sociedade nos gestores à frente de negócios de interesse público.

Em face deste caráter dúplice da corrupção, o foco de combate está gradativamente se deslocando da visão da corrupção centralizada na esfera pública para, também, enredar para a esfera privada. Significa dizer que as empresas e seus administradores estão sujeitos, além do tradicional combate jurídico repressivo, às possibilidades de recorrer aos instrumentos específicos para a prevenção, notadamente com vistas a adoção de programas de integridade e *compliance*. Tais normas são denominadas de normas promocionais ou de incentivo e podem representar um novo caminho para controle mais eficiente da corrupção.

Neste sentido destaque-se os importantes avanços trazidos por meio das normas contidas nos textos da Lei 12.846/13, do Decreto Federal 8.420/2015 e da Lei 13.303/16. A primeira, entre outras disposições, descreve as condutas antijurídicas contra a administração pública e foi regulamentada por meio do decreto mencionado para dispor, especialmente, sobre o Processo Administrativo de Responsabilização de pessoa jurídica. A recente lei de 2016 veio preencher lacuna que existia desde a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 173 § 1º determinava a aprovação de lei que disciplinasse o estatuto jurídico das empresas estatais que atuam conforme a autorização do mesmo artigo, ou seja, no âmbito das relações econômicas privadas.

A partir destes referenciais jurídicos e dos conhecimentos trazidos pela Ciência da Administração especialmente daqueles sobre o regime de Gestão Empresarial por Valores é que a pesquisa tomou forma. Para tanto, caminhos foram percorridos. No primeiro capítulo a percepção e o impacto da corrupção no Brasil, notadamente sob a ótica política e econômica. Na sequência, no segundo capítulo, destacam-se os esforços internacionais e a evolução das políticas globais de combate à corrupção. No terceiro capítulo, considera-se o microssistema jurídico brasileiro an-

ticorrupção com enfoque para o regime penal e administrativo. E, em face das considerações trazidas nos capítulos anteriores, unem-se aos conhecimentos jurídicos os da Ciência da Administração para enveredar para a metodologia de parametrização, que é muito útil para mensurar o grau de exposição e vulnerabilidade das empresas diante dos riscos de corrupção. Este método permite visualizar as áreas mais sensíveis no combate à corrupção, bem como a aferição da eficácia dos mecanismos de proteção existentes por meio de monitoramento contínuo e do desenvolvimento de plano de ação anticorrupção que atenda às necessidades de cada negócio.

No que tange à análise de risco, adaptou-se metodologia existente denominada Análise de Risco Parametrizada para os riscos de corrupção. Ela traz importante contribuição por meio da análise qualitativa e quantitativa de riscos para adoção de um programa robusto de *compliance* nas empresas, de modo a identificar, gerenciar, monitorar e reduzir a incidência dos riscos de corrupção. A metodologia é apresentada por meio de exemplos que poderão ser adaptados e ajustados conforme a necessidade e realidade de cada negócio. Tal caminho tem reais possibilidades de contribuir para a solidez da cultura ética organizacional e, sob aspecto do Direito, ser utilizada como prova documental nos processos administrativos e judiciais eventualmente movidos em face da empresa para mitigar a responsabilização objetiva.

Para esta dissertação foi realizada pesquisa bibliográfica, método dedutivo partindo do exame de instrumentos e leis para encontrar peculiaridades concretas de análise e, indutivo, visto que foram realizados estudos de empresas e de casos concretos para formular análises uteis e necessárias para desenvolver o tema.

1 RELAÇÃO ENTRE CORRUPÇÃO, ESTADO E EMPRESA

A corrupção é um fenômeno multifacetado que se mostra, na essência, contrário à ética. No entanto, seus efeitos vão além das abstrações. Assim sendo, pretende-se no presente capítulo apresentar os aspectos gerais do tema.

O jurista Ulpiano, em seu livro *Regularum in Digesto, Liber I, p. 10*, sintetizou o que se deveria compreender por direito: *honeste vivere, alteros non laedere, suum cuique tribuere* (em tradução livre: *viver honestamente, não lesar outrem, atribuir a cada qual o seu*). Recorrendo a uma associação de ideias se poderia dizer que quem pratica corrupção, se envolve com ela ou lhe dá causa, age em contrariedade àqueles princípios, e portanto ao direito. Assim, é possível afirmar que a corrupção traduz uma negativa à ideia do direito.

O sentido de corrupção é a ação dirigida para buscar vantagens principalmente em prejuízo do erário, mediante artifícios ilícitos e combinações espúrias. É objeto de especial preocupação na presente quadra histórica, trazendo severas consequências políticas, econômicas e jurídicas.

O fenômeno é primordialmente associado ao Estado, que na condição de garantidor da ordem pública, tutor dos interesses sociais e organizador de toda a administração da máquina pública, possui muito mais inclinação em desviar-se de suas finalidades precípuas.

Apesar da associação automática do termo corrupção às atividades realizadas em prejuízo dos interesses da Administração Pública, constitui ela obstáculo ao desenvolvimento, que perturba não apenas o exercício esperado da gestão pública, mas também se projeta sobre a atividade econômica privada, comprometendo seu livre desenvolvimento e sua transparência.

Muito embora o Estado seja o principal foco do surgimento e proliferação da corrupção, o seu enfrentamento é um dever que se estende à sociedade civil e empresas.

Como bem destaca Newton de Lucca (2009, p. 312): “A empresa tornou-se, mercê de seu considerável poder de transformação e da inegável eficácia de sua atuação, o principal elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”. Isto porque as empresas assumiram um protagonismo notório no último século, tendo se tornado, por vezes, agentes mais poderosos que o próprio Estado.

O setor privado e as empresas (tanto públicas quanto privadas) são indutores do crescimento econômico, e a eficiência deste modelo depende do equilíbrio entre setor público e privado, da transparência na elaboração e aplicação das normas jurídicas, e na solidez das instituições estatais.

As ideias predominantes sobre o papel da empresa na sociedade se modificaram de forma acelerada nos últimos anos. Durante décadas a visão preponderante era a que defendia que a única responsabilidade da empresa era gerar lucros para seus proprietários e que só a eles deveria prestar contas. Tal modelo tornou-se limitado diante da realidade socioeconômica em constante modificação, que determinou a ampliação de seu papel, para alcançar inclusive objetivos internacionais de combate a corrupção.

Merecem destaque, portanto, as considerações sobre a corrupção e a atuação das empresas como agentes estratégicos no combate às mazelas provocadas pela corrupção, em especial nos aspectos políticos e econômicos.

1.1 CONCEITO OU COMPREENSÃO DO TERMO

A corrupção, cuja raiz etimológica remete aos vocábulos “pútrido” e “apodrecido”, nos dias atuais é concebida popularmente como a prática de atos degenerados, depravados, devassos e desmoralizados, levando o indivíduo corrompido a afastar-se da retidão, conforme definição dada pela autora Daniela Martins Madrid. A etimologia do termo, que antes se referia somente à matéria e passou a ser extensiva a moral e a ética, ajudam a traçar a compreensão do fenômeno em questão. (MADRID, 2012, p. 9).

Zancanaro (1994, p. 33) indica que a origem do termo deve ser buscada no verbo latino *rumpere*, correspondendo a romper, fender, separar, quebrar, degradar e o substantivo *corruptio* é traduzido como depravação, deterioração, prostituição, degradação.

A complexidade da temática da corrupção se mostra presente já em sua conceituação, havendo diversos enfoques, a partir da teoria adotada e da metodologia utilizada.

A compreensão geral também perpassa pela ideia de que a corrupção representa um desequilíbrio que prejudica à esfera pública e favorece ao setor privado. Assim:

De uma perspectiva quase que de senso comum, a corrupção significa a sobreposição dos interesses privados ao interesse público. Essa é uma forma abrangente de se conceituar a corrupção, de maneira que esta asserção abarca um conjunto de práticas que podemos nomear como corrupção. Nepotismo, clientelismo, patronagem, desvio de recursos públicos, fraudes e todo o tipo de desonestidade do homem público podem ser nomeados como corrupção. Dessa forma, o conceito de corrupção é impreciso no que diz respeito à sua realidade empírica. Múltiplas práticas sociais e políticas podem ser nomeadas como corrupção, de modo que o conceito se apresenta de forma árida aos instrumentais da ciência política e da sociologia. (FILGUEIRAS, 2008, p. 78).

Observa-se que embora na denominação popular o termo “corrupção” possa designar qualquer conduta que desvie dos preceitos de retidão socialmente esperados, nos primeiros esforços conceituais a corrupção esteve sempre associada a práticas que envolvessem o Estado. A própria Organização das Nações Unidas¹, define corrupção como “o abuso da função pública para ganho pessoal direto ou indireto”, excluindo de seu conceito *lato sensu* a corrupção privada.

A corrupção pode assumir muitas formas e pode até ser incorporada em tradições culturais, mas sua análise geralmente enfoca a variável associada à atividade governamental. Estudos feitos por Krueger (apud Leite e Weidman, 2002, p. 165) ao investigar os efeitos das regulações na atividade econômica e comércio internacional demonstraram que restrições governamentais à atividade econômica tendem a provocar um parasitismo político e gerar comportamentos que favorecem a busca por vantagem indevida (fenômeno denominado *rent seeking behavior*)².

Partindo da premissa que a corrupção é uma atividade ilegal, aplica-se o raciocínio de Gary Becker, prêmio Nobel de Economia, o qual propugna que a

¹Em trabalho publicado com o título Reflexões Sobre A Corrupção, assinado por Marcelo Stopanovski Ribeiro, a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, da Controladoria Geral da União-CGU, reúne uma diversidade de conceitos para o verbete corrupção inclusive o das Nações Unidas trazido no trabalho. Disponível em: <<http://www.esmal.tj.al.gov.br/cadastros/documentos/20071005%20PNLD%20MP%20AL.pdf>>. Acesso: 08/09/2016.

²Os autores usam o termo “rent-seeking behavior” que pode ser traduzido como renda de favorecimento político. O termo popularizado pelo economista Gordon Tullock foi cunhado para designar a troca de favores entre políticos, latifundiários e empresários, que tem como objetivo se beneficiarem mutuamente de vantagens advindas de regulações de seu interesse, e da criação de tributos e taxas indevidas.

probabilidade de cometer um crime depende primariamente da penalidade imposta e da probabilidade de ser condenado. Ademais, a função dissuasiva da punição está condicionada crucialmente à vontade e habilidade das autoridades públicas em aplicar as leis e regulamentações vigentes, bem como o nível de aceitação dos cidadãos em face dos julgamentos conduzidos pelas instituições públicas. (Becker, 1968, p. 169-217).

Assim, Leite e Weidmann (2009, p. 165) indicam que as principais condições para uma estratégia anticorrupção efetiva são: (i) estabilidade política; (ii) transparência na elaboração e aplicação das normas. Via de regra, os países afetados por instabilidade política não possuem a musculatura política necessária para o adequado empoderamento das instituições de maneira que consigam investigar e punir com autonomia e independência. Já a transparência na elaboração e aplicação das normas é fundamental à medida que procedimentos questionáveis, confusos e duvidosos dificilmente terão o apoio e compreensão necessários para o combate da corrupção.

No ordenamento jurídico brasileiro, a corrupção está tipificada no Código Penal Brasileiro, nas modalidades passiva e ativa. A primeira vislumbra-se quando o servidor público, consoante descreve o art. 317 do Código Penal, exige “para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida”, isto é, quando há uma comercialização da função pública. Na modalidade ativa, segundo o art. 333 do mesmo Código, concretiza-se quando é oferecida ou prometida vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Brei (1996, p. 65) aponta ser bastante difícil uma definição consensual de corrupção, visto que ela pode decorrer da prática de uma diversidade de atos como fraude, suborno, peculato, extorsão, nepotismo, enriquecimento ilícito, desfalque, concussão, falsificação, entre outros. Portanto, a compreensão depende do enfoque analítico utilizado.

Ao traçar uma linha evolutiva da compreensão da corrupção enquanto fenômeno social, observa-se que foi apenas a partir de 1930 nos Estados Unidos que estudos sistemáticos acerca do assunto começaram a ser publicados.

Merece destaque a abordagem funcionalista que vigorou durante muito tempo. A mesma autora destacava “não serem sempre ruins e importantes os resultados da corrupção. Eles são, muitas vezes, positivos, pois o próprio interesse

público pode requerer algumas dessas práticas” (BREI, 1996, p. 106). A corrupção sob esta ótica, era vista como estímulo ao processo de desenvolvimento, pois permitiria corrigir assimetrias do sistema, possibilitando que indivíduos e grupos à margem do sistema pudessem com ele se relacionar e realmente dele participar.

A abordagem funcionalista, entretanto, até admite que a corrupção possa ser explicável e contribuir positivamente para a sociedade, em certo momento histórico:

Em algumas sociedades em fase de transição, determinadas práticas, como nepotismo, espoliação e suborno, podem mesmo contribuir para certos aspectos do desenvolvimento político, em termos de unificação e estabilidade, participação da população nos negócios públicos e desenvolvimento de partidos políticos viáveis. Tais práticas não constituem danos irreparáveis, podendo ser amplamente boas e aceitáveis, desempenhando funções importantes para uma sociedade em dado momento histórico. A corrupção pode assim ser vista mais como canal normal de atividade política do que como caso patológico ou desviante que requeira punição: é parte regular e integral da operação da maioria dos sistemas políticos. (BREI, 1996, p. 105)

A partir dos anos 1970 houve uma mudança de abordagem no estudo da corrupção, perdendo relevância a questão relacionada aos seus benefícios (ou à ausência deles) para ganhar força o enfoque da *cultura política*. Nesse viés, entendia-se a corrupção como valor negativo de determinada sociedade, prejudicial ao desenvolvimento integral da mesma.

Ao lado do sistema institucional e legal, o sistema de valores é fundamental para motivar ou coibir as práticas de corrupção no interior de uma sociedade. A modernização implica a mudança dos padrões de valores e de ação por parte dos atores sociais. A corrupção, nessa lógica, representa, antes de tudo, a permanência de elementos tradicionais que utilizam, especialmente, o nepotismo, a patronagem, o clientelismo e a penetração junto à autoridade política para obter vantagens e privilégios (FILGUEIRAS, 2009, p. 396).

O conceito de corrupção sob o enfoque da cultura política seria variável, portanto, dependendo do resultado da abordagem comparativa entre culturas locais tradicionais e culturas universais modernas e demandaria processos mais lentos de mudanças institucionais.

A partir da década de 1980, cresceu o interesse da ciência econômica nos estudos da corrupção que antes estavam circunscritos aos campos da sociologia, ciência política, história, administração pública e criminologia

As pesquisas acadêmicas de décadas anteriores focavam na fragilidade das instituições públicas e distorções de políticas econômicas que permitiam o crescimento das práticas de “rent seeking”, referindo-se aos dispêndios realizados pelos indivíduos e grupos de interesse com o objetivo de obter uma renda ou transferência que fosse sancionada pela intervenção do Estado, e na dissimulação da corrupção nessas práticas.

Entretanto, na década de 90, como ensinam Abed e Gupta (2003, p. 01), com a transformação das economias socialistas da antiga União Soviética, a conscientização acerca dos impactos financeiros da corrupção em mercados desenvolvidos e em desenvolvimento impulsionou uma série de estudos empíricos e a criação de indicadores sob a ótica econômica, tornando possível aferir os custos da corrupção para as economias de mercado.

A partir de então foi possível mensurar se seu custo seria superior aos benefícios outrora apontados pela teoria funcionalista. Sob esta visão, a prática de atos de corrupção passa a ser analisada a partir dos resultados das configurações institucionais que permitem que agentes providos de interesses privados maximizem seus ganhos descumprindo regras do sistema político. Ou seja: por meio do cálculo do custo e do benefício tornou-se possível avaliar se o descumprimento de determinada norma seria ou não vantajoso aos interesses econômicos envolvidos.

A concepção econômica da corrupção sugere a existência de uma figura estatal naturalmente corrompida, apontando para a redução dos entraves burocráticos como forma de reduzir o incentivo a tais práticas. Todavia, tal enfoque tende a naturalizar a corrupção na órbita dos interesses materiais, na medida em que ignora os processos sociais envolvidos, especialmente o reconhecimento de normas formais e informais que definem e limitam a noção de interesse público.

Superando a concepção puramente econômica da corrupção, mostrou-se necessário pensá-la de modo sistêmico, aliando moralidade política (com base nos valores universalizados em determinada sociedade) e práticas sociais, pois somente desta forma é possível compreender questões relacionadas à motivação dos agentes e à tolerância socialmente estabelecida.

Apesar da dificuldade em se estabelecer um consenso quanto ao significado do termo devido aos diversos enfoques sob os quais o fenômeno pode ser analisado, o fato é que delimitar quais atos caracterizam a corrupção depende

[...] das estruturas comunicacionais da política, em que partidos e mídia influenciam o modo como se constrói a realidade e as representações sociais a respeito da política. E o modo como essa realidade e essas representações são construídas comunicativamente estipulam a forma como são organizados os mecanismos de controle da corrupção [...]. O controle e a punição aos casos fracassados de corrupção passam, necessariamente, por mecanismos de construção de discursos que pretendem ser verdadeiros na política. A desocultação é a produção de discursos com pretensão de verdade, em que eles estão sujeitos a seu uso instrumental por parte dos atores do campo político. (FILGUEIRAS, 2008, p. 79).

Nota-se, portanto, que sua conceituação e o alcance de suas práticas estão diretamente relacionadas aos discursos construídos e à tábua axiológica estabelecida naquela determinada sociedade, a qual será determinante não somente para a aferição das práticas corruptas, da punição aplicável, mas também da tolerância à sua ocorrência.

Por isso, o conceito de corrupção tem uma dependência normativa, em que seu significado depende de concepções de valores e normas consensuais, que nascem de um processo deliberativo no âmbito da esfera pública e privada. Ou seja, só é possível compreender o que é ou o que não é corrupção, quando há valores e normas pressupostas, resultado de concepções morais da política, que espelham os processos de deliberação pública. Dessa forma, o significado da corrupção expressa acordos normativos que tem origem nos processos comunicacionais da política. É essa a compreensão de Filgueiras (2008, p. 78), para quem o significado da corrupção depende de um processo discursivo que mobiliza a moralidade e interpreta-o na forma de juízos acerca da ordem política e da ação de seus agentes.

A compreensão de corrupção pode variar, dependendo da posição ideológica adotada. Numa visão mais tradicional e num sentido mais estrito, corrupção corresponde à oferta ou recebimento de benefícios ilícitos em razão de negócios entre agentes do setor público e particulares. Num sentido mais amplo, pode decorrer de relações entre particulares, como se dá quando um representante de empresa beneficia ilicitamente outro para conseguir vender produtos ou fornecer bens. Em um sentido ainda mais extenso, abrange comportamentos nas mais variadas esferas sociais, como nas atividades realizadas no regime de informalidade, na sonegação fiscal, no comércio ilegal, e ainda em outras situações tão comuns e banais.

Somente a partir de valores previamente estabelecidos pode-se compreender o que é ou não corrupção em determinada sociedade e quais condutas são consideradas corretas ou incorretas. Neste contexto, a corrupção representa a

contrariedade da atuação em face dos valores estabelecidos por determinada sociedade, o agir em desconformidade com a honestidade, o decoro e a virtude esperados na prática de qualquer conduta na esfera social.

Alheia à análise da conformidade entre a prática e os valores morais estabelecidos se encontra a necessidade vital de preservação do indivíduo, que tem no princípio da solidariedade seu valor maior. Espera-se do Estado não a excelência no agir, mas a neutralidade necessária para que cada um possa exercer suas atividades cotidianas e satisfazer suas necessidades.

Desta forma, o conceito de corrupção perpassa necessariamente o rol dos valores eleitos por determinada sociedade como fundamentais para seu desenvolvimento. Se a boa vida, na concepção da ética aristotélica, é a finalidade de associação política em razão da qual os indivíduos se unem em torno de valores comuns a todos, a vida cotidiana, por outro lado, tem como objetivo a reprodução da ordem por meio da solidariedade em torno das necessidades vitais dos indivíduos, com objetivos puramente privados. Trata-se da distinção promovida por Filgueiras (2009, p. 400-401) entre juízos de valor e juízos de necessidade.

É a partir de tal concepção que a corrupção pode ser delimitada. No momento em que as empresas e a sociedade fixam parâmetros de moralidade e práticas aceitáveis e corretas a serem seguidas, por meio de discurso e códigos de ética, as desconformidades serão enquadradas como socialmente inaceitáveis, impulsionando o arcabouço normativo a criar normas para enquadrá-las como corrupção.

1.2 REFLEXOS DA CORRUPÇÃO

A corrupção tem raízes internacionais e também nacionais. A corrupção de raiz internacional decorre principalmente da globalização, notadamente a econômica e financeira. A multiplicação de relações entre empresas de vários países e o governo de outros, assim como o fluxo de aplicações de fundos de poupadores, inclusive institucionais de um país nos mercados financeiros de outros, criam condições para a ocorrência do fenômeno. A participação do governo na aquisição de bens para consumo e investimentos, cria, ou, pelo menos favorece a criação, de condições para o florescimento da corrupção de raiz nacional.

Pode-se destacar que a corrupção se reflete, dentre outros, no campo político, no econômico, da legalidade e no social.

Sob o aspecto político a corrupção fragiliza a democracia e promove uma crise de legitimidade, já que os cidadãos sentem que seus interesses não estão sendo devidamente representados. Há um comprometimento da governança estatal, uma vez que se inibe a capacidade dos governos atenderem o interesse público, causando insatisfação social e perda de apoio popular, o que, por sua vez, resulta em perda de governabilidade. A corrupção causa também um comprometimento do sentimento democrático em razão de manobras que solapam o mérito individual e a noção de igualdade perante a lei.

A própria indiferença e descrença da sociedade com relação ao sistema político acaba por fortalecer o ciclo da corrupção:

A falta de transparência, a exclusão da maioria da população das decisões políticas mais importantes, a baixa participação política da sociedade civil e a impunidade com relação à corrupção são as consequências do sistema político brasileiro, constituindo um ciclo vicioso que facilita ações corruptas. Soma-se a isso a tendência de crescente profissionalização da política, o que aumenta o custo das campanhas eleitorais e a dependência de candidatos de empresários dispostos a “investir em seu futuro”. Também não devemos subestimar que o interesse de obter um cargo público como troca de favor em governos aumenta significativamente em tempos de altas taxas de desemprego. (ANDRIOLI, 2006, p.2)

Descrença na representação política determina tentações arbitrárias e autoritárias. A classe política tende a ser preterida por *outsiders*, ou mesmo, formam-se movimentos que propõe ditaduras³ com soluções messiânicas.

Nas duas hipóteses a esperança é afastar do governo os focos de corrupção, o que até parece acontecer num primeiro momento. Num segundo momento, tendem a ser recriados e substituídos os desvios antecedentes, eventualmente com outros personagens, contribuindo para atrasos não bem mensurados no desenvolvimento político da sociedade. Embora não sejam mensuráveis, os atrasos são perceptíveis.

As consequências da corrupção afetam tanto a regimes ditatoriais como a democráticos, embora com ligeiras distinções.

³O movimento militar de 31 de março de 1964 que depôs o presidente eleito teve como uma das justificativas, além de outras, queixas contra a corrupção. Mais tarde, um presidente (Collor de Mello) foi eleito com a fama de “caçador de marajás” e acabou cassado.

De um lado, quebra-se o princípio da confiança que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida do seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação na vida pública. Nas democracias- e diante da República- seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão. (STARLING, 2008, p. 259).

Na ótica econômica, a corrupção desvia recursos do Estado e se reflete na economia como um todo, com consequências graves para o setor privado. De regra, a capacidade produtiva do país está no setor privado que se organiza em empresas. As empresas públicas e sociedades de economia mista que também atuam na produção criam alguma dificuldade para explicar corretamente os efeitos da corrupção na ótica econômica. É que tais empresas e sociedades têm capital estatal (o que de alguma forma é recurso transferido ao governo) e são voltadas para produção de bens, monopolísticos ou não, sob a forma de economia privada.

Um dos efeitos bem claros da corrupção para a economia é que a drenagem de recursos do Estado acaba pressionando para compensar o desvio. Para tanto, o governo tende a lançar mãos de novos tributos. Nesse caso, os tributos subtraem a força das empresas privadas, afetando as possibilidades de investimento destas. Simplificadamente, o Estado retira o dinamismo do setor privado e tenta suplantar a falta de seus recursos para manter minimamente o atendimento das necessidades básicas de serviços de responsabilidade do setor público.

Além da redução da capacidade produtiva das empresas, com reflexo na geração de empregos, a corrupção distorce a competitividade, deteriora os mecanismos de livre mercado, culminado na violação do preceito constitucional da livre concorrência, com consequência em aumentos de preços e fortalecimento do descrédito e insegurança que comprometem as empresas perante fornecedores e clientes com o banimento da ética que deveria orientar os negócios. Os negócios se tornam menos produtivos e estáveis, impondo-se um custo artificial a ser suportado pelos empresários para que tenham seu negócio viabilizado ou autorizado.

Também ocorrem prejuízos econômicos diretamente resultantes do descrédito e da imagem negativa sofrida por países notadamente corruptos, que acabam por perder investimentos e oportunidades de negócios.

O desenvolvimento de empresas como um pilar do crescimento econômico é um antigo e respeitado tópico econômico, desde as teorias econômicas

de Adam Smith sobre economia de escala⁴, a descrição de Marshall de evolução industrial das pequenas empresas⁵ e forças Shumpeterianas de destruição criativa e empreendedorismo⁶.

Historicamente, grandes empresas (transnacionais) foram vistas como a mais importante fonte de empregos, inovação e crescimento econômico. Contudo, nos recentes anos as políticas públicas passaram a focar na importância econômica das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPPS), alterando substancialmente a percepção do papel destas no panorama econômico.

De acordo com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE)⁷, as ME e EPPs respondem por mais de um quarto do PIB brasileiro. O papel delas se amplia ao empregar a maior parte da força de trabalho (52% dos empregos formais no Brasil). Ademais, as micro e pequenas empresas tendem a operar com maiores restrições e em ambientes mais competitivos que as grandes empresas. A nível mundial as ME e EPPS tendem a ser mais inovadoras em termos de produto, enquanto as grandes empresas tendem a ser mais inovadoras em termos de processo, mas as pequenas e médias empresas contribuem para o crescimento econômico tanto em condições econômicas normais, quanto em tempos de recessão, diferentemente das grandes empresas. (Davoodi e Tanzi, p. 2002, p. 201).

⁴A produção anual da terra e do trabalho de uma nação só pode aumentar seu valor aumentando o número de seus trabalhadores produtivos ou as capacitações produtivas dos trabalhadores já empregados. O número de trabalhadores produtivos só pode, evidentemente, aumentar se o capital ou os fundos destinados a mantê-los aumentar. As capacidades produtivas dos trabalhadores existentes só pode crescer em consequência de algum acréscimo e melhoramento nas máquinas e instrumentos que facilitem e abreviem seu trabalho; ou de uma divisão e distribuição do emprego adequadas. Em qualquer desses casos é sempre necessário algum capital adicional. Quando comparamos, pois, a situação de uma nação em dois períodos diferentes e descobrimos que a produção anual de sua terra e trabalho é bem maior no período posterior, que suas terras estão melhor cultivadas, há mais indústrias, podemos estar certos de que seu capital deve ter aumentado no intervalo entre essas duas épocas. (SMITH, 1976, p. 346).

⁵§ 5. Na agricultura e outros negócios nos quais um homem não obtém grandes economias pelo aumento da escala de sua produção, frequentemente ocorre permanecer a empresa do mesmo tamanho por muitos anos, se não por muitas gerações. Mas é outra coisa o que acontece em outros negócios nos quais uma grande empresa pode alcançar vantagens muito importantes, que estão além do alcance de uma pequena empresa. (MARSHALL, 1996, p. 332)

⁶Em seu livro de 1942, "Capitalismo, Socialismo e Democracia", o economista Joseph Schumpeter definiu o termo "destruição criativa" como um impulso fundamental para o motor do desenvolvimento econômico no mundo capitalista.

⁷SEBRAE. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD> Acesso em 16 de novembro de 2016.

Na perspectiva econômica, a corrupção tem impacto ainda maior nas pequenas e médias empresas. Isto porque, conforme ensinam Davoodi e Tanzi (2002, p. 201), para as grandes empresas a corrupção frequentemente reduz custos à medida que permite que estas penetrem mercados restritos (sob a forma de monopólio ou oligopólio), ganhando economia de escala. Já, para as pequenas e médias empresas, a corrupção representa somente aumento de custos, pois estas são obrigadas a fazer pagamentos que não contribuem em nada para a sua produtividade ou lucratividade, mas são necessários para sua sobrevivência.

A corrupção aumenta os custos empresariais e diminui as taxas de retorno do investimento, e tais reflexos afetam principalmente, as pequenas e médias empresas, impedindo que cresçam e que novos *players* entrem no mercado. Dada a importância das mesmas para a dinâmica econômica, Davoodi e Tanzi (2002, p. 203) concluem que a corrupção tem como efeito provocar uma desaceleração do crescimento econômico.

A análise de como a legalidade é afetada pela corrupção deve partir do que se considera legalidade. Legalidade, a rigor, é a conformação com as regras do sistema jurídico, baseado e fundado na Constituição e que determina como um preceito social a obediência à ordem pública, elemento imprescindível à vida em sociedade. Corrupção é intrinsecamente contrária à legalidade, pois destrói o sentido de ordem pública, induzindo à descrença nas regras jurídicas como método da boa vivência social.

Nenhuma sociedade pode dispensar um propósito ético em todas as relações dos componentes dos grupos sociais. A corrupção viola qualquer preceito ético, cujas transgressões tendem a ser caracterizadas como ilícitos na lei de caráter administrativo, cível ou penal. É clara a interconexão entre a legalidade e a ética, na medida em que a segunda é formadora e informadora da primeira. A principal afronta de todos os atos de corrupção é ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito. Deve-se observar, entretanto, que o enriquecimento ilícito ainda não configura crime, embora constitua ilícito cível⁸. De outro ângulo, a corrupção, até porque é caracterizada como fato típico, significa afronta à legalidade, ou mais exatamente, afronta às normas jurídicas.

⁸O projeto de Lei Anticorrupção (“10 medidas propostas”) de iniciativa popular, apresentada pelo Ministério Público Federal propõe que o enriquecimento ilícito seja crime (sendo apurado não só na esfera civil, como ocorre atualmente mas também na esfera criminal).

Nos aspectos sociais a análise deve considerar a responsabilidade do governo na condição de Estado provedor, qual seja, em que extensão o governo é o responsável pelo atendimento às necessidades da população e como a corrupção afeta essa função.

O Estado, que tem a obrigação de reverter os recursos arrecadados em serviços à comunidade para atender às necessidades básicas, e também para reduzir as desigualdades sociais, não cumpre seu propósito em razão dos desvios devidos à corrupção, o que gera custos suplementares aos cidadãos para suprirem suas necessidades negligenciadas. Sob o prisma social, a corrupção esgarça o contrato social, pois rompe com o sentido de equilíbrio da sociedade.

Os efeitos da corrupção afetam indistintamente cidadãos, entidades públicas e instituições privadas e exigem a conjugação de esforços nacionais e internacionais para o seu combate. Os variados aspectos em que a corrupção se reflete se interligam. Embora se tenha tentado explicar individualmente os aspectos, estes se fundem e formam um verdadeiro círculo. Os riscos da institucionalização da corrupção, especialmente no caso brasileiro, são os de perda de legitimação das regras jurídicas, conseqüente distorção da função social de instituições (dentre elas as empresas), concentração de renda e entrave ao desenvolvimento econômico.

Diante do panorama apresentado e da pressão exercida por membros da sociedade e instituições, o Estado tem adotado diversas medidas para obstar os atos de corrupção e responsabilizar agentes ativos e passivos.

1.3 PERCEPÇÃO E TOLERÂNCIA DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Por estar na contramão da legalidade, mensurar a corrupção é um grande desafio. O que é possível ser medido é a percepção da população ou de um determinado setor com relação ao fenômeno.

Nota-se na atualidade o aumento da veiculação de notícias fazendo referência à prática de atos de corrupção, o que fomenta um ceticismo generalizado quanto à idoneidade dos integrantes da esfera pública e privada. Há uma sensação de impotência da sociedade em face da multiplicação dos escândalos envolvendo desvio de verbas públicas, pagamentos de propinas, enriquecimento indevido e várias outras condutas definidas como corrupção.

Embora a maior visibilidade destes atos se deva à consolidação de regimes democráticos, que permitem a investigação destas práticas, como interpreta Barboza (2003, p. 6), a desconfiança popular “cria um clamor moral e um clima de caça às bruxas que geram instabilidade e um muro de lamentações e barreiras a projetos de políticas públicas”. Por essa razão, complementa, promove-se a punição de determinados casos de corrupção com ampla divulgação midiática, ao invés de se buscar identificar e coibir tais práticas para assegurar o uso dos recursos públicos em prol do interesse coletivo. É, contudo, importante ter em conta que o clamor tem um prevalente aspecto positivo, na medida em que indica que a sociedade, pelo menos na sua superfície, é contrária a comportamentos que caracterizam corrupção. O clamor pode induzir a uma inflexão de hábitos e passar a assegurar realmente comportamentos mais corretos.

Ao contrário do que pode aparentar a reiterada exposição dos casos de corrupção na mídia, não se trata de fenômeno novo, havendo referência à sua prática em documentos históricos e textos literários, ao longo de diversas épocas e em diferentes formas de organização estatal, conforme constatação de Barboza (2003, p. 3).

A despeito de sua remota origem, a corrupção causa especial apreensão na atualidade, pois atingiu impressionante grau de complexidade, alcançando relações sociais variadas, tanto na esfera privada quanto na pública.

A percepção geral de existência de corrupção na esfera pública produz um sentimento geral negativo no contexto do país. Distingue-se do efeito social da corrupção, o qual se reflete no próprio desenvolvimento da sociedade, porque a percepção cria uma sensação geral de injustiça ou desordem. Mais do que isso, cria uma sensação negativa do governo, das pessoas e do próprio país em face dos demais.

O quadro negativo de corrupção na esfera privada decorre da percepção de que ela é corresponsável pela elevação de preços dos produtos ou serviços, prejudicando assim o consumidor. Quando um funcionário de empresa privada recebe propina para adquirir um serviço por valor mais elevado, o sobrepreço será normalmente repassado para o produto da empresa compradora. A empresa vendedora que logrou obter um sobrepreço, no mínimo contribuirá para distorcer a livre concorrência.

Apesar de sua longa existência, a corrupção, na complementação da ideia esposada por Barboza (2003, p. 3), encontra nos dias atuais terreno fértil para expansão, especialmente em razão da internacionalização das relações comerciais, da redução dos controles estatais sobre o sistema financeiro, do fortalecimento do regime capitalista e da cultura do consumo, da lógica de maximização do lucro, do surgimento de empresas e conglomerados financeiros com forte poder econômico, do aperfeiçoamento dos sistemas de informação e comunicação.

Embora a corrupção, *lato sensu*, não seja prática exclusiva da esfera ou dos agentes públicos, é nesta esfera pública que os atos de corrupção tomam grandes proporções, por envolver vultosas cifras do dinheiro público, o qual deveria ser destinado à realização de direitos fundamentais, sociais e ao desenvolvimento econômico.

Acerca da tolerância às práticas corruptas no Brasil, Filgueiras (2009, p. 398) pondera que devem ser considerados dois elementos fundamentais e o abismo existente entre ambos: de um lado, a existência de valores e normas de conformação moral e, de outro, as práticas que se desenvolvem no cotidiano de uma sociedade, sendo que ambos nem sempre coincidem. Nessa linha, a percepção das pessoas que dá um sentido negativo à corrupção é alterada para a sensação de impotência, que evolui para a indiferença, quando não para a assimilação, e até mesmo, para a disseminação.

A aceitação da utilização dos recursos do Estado como se propriedade privada fosse, de forma recorrente, gera a internalização do comportamento, elevando-o a um patamar de aparente normalidade, estabelecendo alto grau de tolerância social.

A reiteração das práticas corruptas e a inevitável sedimentação da concepção de que, além de inevitáveis, são toleráveis, possibilita a “institucionalização da corrupção”, o que tende a atenuar a consciência coletiva e associar a corrupção às instituições, implementando uma simbiose que dificilmente será revertida. (GARCIA, 2011, p. 4).

A tolerância à corrupção, encontra-se justamente no hiato entre o juízo de valor e o juízo de necessidade, caracterizando uma antinomia inerente às sociedades contemporâneas. Não se trata de uma inclinação da sociedade brasileira à imoralidade ou desvio de caráter, “mas uma disposição prática nascida de uma cultura em que as preferências estão circunscritas a um contexto de necessidades,

representando uma estratégia de sobrevivência que ocorre pela questão material”, como expõe Filgueiras (2009, p. 417), que completa o raciocínio indicando que a oposição entre a excelência almejada e o cotidiano “cria uma antinomia entre valores e prática, tornando a corrupção um tipo de estratégia de sobrevivência, mesmo em um contexto onde a moralidade existe”.

“A percepção de que a corrupção aumentou é evidente e concreta na sociedade brasileira. A corrupção é irmã da opacidade. E opacidade é oposto de transparência.” (Cristiano Noronha ,apud Pilagallo, 2013 p. 56).

Também o sociólogo Alberto Carlos Almeida, em sua obra “A Cabeça do Brasileiro”, que traz os resultados da Pesquisa Social Brasileira sobre os valores presentes no cotidiano social, econômico e político nacional, afirma que quanto mais baixa a escolaridade, maior a tolerância do brasileiro com a corrupção. Desta forma, para Noronha (apud Pilagallo, 2013, p. 58) “a educação é o grande corte social e ético do Brasil e a chave contra a corrupção”.

A transformação necessária ao combate à corrupção, depende do amadurecimento do processo democrático, fomentando nos indivíduos o sentimento de pertencimento e de responsabilidade pelos atos políticos, ainda que aparentemente alheios à sua realidade cotidiana, para que assim os mecanismos de transparência e coibição da corrupção venham a ter a esperada efetividade.

Ao atribuir obrigações por meio de normas jurídicas o Estado persegue determinados fins, como o amadurecimento democrático necessário para superar o hiato existente entre os juízos de valores e as práticas vislumbradas na sociedade. Em síntese, a percepção negativa, a compreensão do desvalor que representa a corrupção é o mecanismo principal para levar a uma inflexão do fenômeno na sociedade. Para tanto, mecanismos de combate permanentes são essenciais.

1.4 BASES HISTÓRICAS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

A história da corrupção se confunde com a história das nações. Apesar da visibilidade alcançada pelas práticas de atos de corrupção na atualidade, estes têm remotas origens e, no Brasil, encontram raízes históricas no processo de

colonização, marcado pela ausência de um projeto de nação, pelo patrimonialismo e pela exploração de riquezas pela coroa portuguesa.

É preciso entretanto, cautela para não cair no anacronismo. O que hoje pode ser considerado um ato de corrupção, pode não ter sido no passado.

Com efeito, busca-se a corrupção no Brasil a partir da história da colonização feita por Portugal, e do reconhecimento defendido por Zancanaro (1994, p. 52-53) de que “a tese da origem autóctone da corrupção brasileira parece pouco plausível. Ter-se-ia que admitir sua gênese e evolução a partir dos povos nativos, o que contraria a tudo quanto a história conhecida tem afirmado sobre o modelo ético e sociopolítico por eles implementado”.

No início do processo de colonização, Portugal enfrentou dificuldades para povoar o vasto território, motivo pelo qual estabeleceu o sistema de capitanias hereditárias, de inspiração feudal, que constituía uma espécie de privatização do patrimônio do rei, em que o território, dividido em faixas, era doado a nobres do reino, com o compromisso de assegurar o povoamento, a segurança e os interesses de Portugal destacando-se que:

O processo de colonização do Brasil teve, como elemento marcante, o fato de não haver consistido na realização de um projeto de nação: os que aportaram no Brasil não tinham nem projeto de nação nem compromisso moral ou ideológico com qualquer coletividade; moral, mesmo, não detinham, mas apenas o desejo de tirar proveito das riquezas da terra descoberta. (BARBOZA, 2003, p. 16).

Neste contexto, os poucos colonos que habitavam e exploravam as terras brasileiras se sentiam donos dos recursos encontrados no território sob seu poder, cabendo esclarecer que, segundo Madrid (2012, p.4) “o patrimonialismo caracteriza exatamente a apropriação privada dos recursos do Estado, seja pelos políticos ou funcionários públicos, seja por setores privados”.

De outro lado, na ótica reiterada por Zancanaro (1994, p. 143), os burocratas tinham o cargo para atender propósitos de enriquecimento pessoal, inclusive por meio de falcatruas em detrimento da própria Coroa.

A confusão entre patrimônio público e privado era visível, segundo a história, no sistema político colonial.

Quanto à realidade na colônia, fácil é ver que ali vigorava também uma forma de patrimonialismo, observando-se, claramente, a apropriação privada do

“âmbito público” – se assim se pode dizer –; melhor: a propriedade compartilhada da colônia pelos donatários das capitanias hereditárias. Um sistema patrimonialista não permite distinção entre o público e o privado; é um sistema de dominação em que a riqueza vai sendo distribuída como patrimônio pessoal do governante. Comumente aparece acompanhado de uma estrutura de relações clientelistas, já que a riqueza pode ser distribuída de maneira não equitativa em troca de prestações, favores ou apoio político. (BARBOZA, 2003, p. 16).

Raymundo Faoro (2009, p. 749) em sua obra, “Os Donos do Poder”, ao descortinar as práticas históricas que formaram o Brasil, aponta uma sobreposição do interesse privado sobre o público, manifesto por meio de práticas como coronelismo e clientelismo. Referido autor (2009, p. 749) conceitua o patrimonialismo como uma organização política básica, “que se pulveriza num localismo isolado, convertendo o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista, destacando o uso dos poderes públicos para fins particulares, misturando, não raro, a organiza organização estatal e seu erário com os bens próprios”.

Para Max Weber (2009, p. 234) o patrimonialismo é um sistema baseado em relações de piedade rigorosamente pessoais. Seu germe encontra-se na autoridade do chefe da comunidade doméstica. A posição autoritária pessoal deste encontra-se a serviço de finalidades objetivas, traduzidas pela continuidade de sua existência de autoridade, cuja finalidade também é objetivo da dominação burocrática. Desta forma, trata-se de um sistema no qual os funcionários não são admitidos em bases contratuais, mas são escravos ou clientes de quem detém o poder, sendo compensados em dinheiro ou em espécie (natureza). As funções administrativas são distribuídas com base na tradição ou no arbítrio do soberano, sendo todos os meios de administração considerados partes do patrimônio pessoal do detentor do poder.

Destaca Madrid (2012, p. 6) que a chegada da família real ao Brasil, em 1808, promoveu um estímulo à prática de atos de corrupção, a começar pelo próprio monarca, Dom João VI, que em busca de apoio político e financeiro passou a distribuir honrarias e títulos de nobreza, de acordo com o “apoio” oferecido, sendo que a elite somente contribuiria se sentisse a reciprocidade por parte da coroa, despertando o sentimento de “troca de favores” que rege as relações sociais até os dias atuais.

Pilagalo (2013, p. 41) entretanto adverte que no Brasil Colônia “os ganhos paralelos pessoais dos administradores eram tolerados como forma de compensação ao pagamento para compensar a empreitada do súdito nos trópicos”. A

transmissão para o passado dos juízos éticos e morais dos dias atuais pode ser perversa.

Mesmo após a Independência e a proclamação da República o sistema sociopolítico instituído no Brasil à época da Colônia não sofreu grande modificação estrutural, substancial, perpetuando-se na cultura política vigente o patrimonialismo.

Convém salientar que Max Weber (2009, p. 234) destacara que o patrimonialismo se apresentava como a mais importante estrutura de dominação à sua época, o que não impede observar que, em sua essência, não se baseia no dever de servir a determinada "finalidade" objetiva e impessoal ou na obediência a normas abstratas, mas ao contrário, pauta-se em relações de piedade rigorosamente pessoais. É um modelo no qual o governante trata a administração política como assunto de interesse pessoal, explorando o poder político como sua propriedade privada, combinando o exercício da autoridade pessoal com a consideração decorrente da tradição e dos direitos individuais por ela estabelecidos, segundo Silveira (2001, p. 5).

Ainda no período colonial, a própria situação dos funcionários públicos, denotava o ambiente patrimonialista:

No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar-se ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. (HOLANDA, 1983, p. 106).

A despeito desta herança patrimonialista que inegavelmente exerceu influência na formação política do Brasil, tal pressuposto não tem o condão de explicar a corrupção como se fosse uma característica antropológica, que, segundo Kempfer e Batisti (2016, p. 429), constitui falácia comumente difundida, pois, sinalizam, a corrupção nasce de experiências sociais.

O conceito de corrupção sofreu diversas modificações ao longo dos anos. Pilagalo (2013, p. 43) explica que a partir do interregno democrático no Estado Novo é que se abre porta para a corrupção no formato que se conhece. Com a expansão da máquina estatal a partir de 1930 a corrupção deixa de ser associada a sistemas (por exemplo Monarquia e República) e passa a ser identificada a indivíduos.

Tal circunstância é evidenciada pela Constituição de 1937, que buscava criar condições para um modelo de gestão burocrático, por reconhecer a incompatibilidade do método patrimonialista de governança.

Com o surgimento de uma sociedade industrial nos idos de 1940 no Brasil, o predomínio do modelo de administração patrimonialista começou a tornar-se incompatível com as necessidades de modernização que se descortinavam na sociedade, pressionadas pelo surgimento de uma classe média urbana e da Constituição de 1937, que objetivava racionalizar a máquina administrativa e imprimir eficiência, inaugurando no âmbito da administração pública, o que se convencionou chamar de “modelo de gestão burocrático”. (KEMPFER e BATISTI, 2016, p. 431).

O modelo de gestão burocrático tem como premissa organizar eficientemente um grande número de pessoas, explicando antecipadamente e nos mínimos detalhes como as coisas devem ser feitas. Está umbilicalmente associado à ideia de controle dos processos.

O que se pode concluir, como o faz Zancanaro (1994, p. 157-161), é que a corrupção pública no Brasil encontra explicação na própria história de Portugal. Desde a fundação, o Estado nacional se organizara em um Estado centralizador, absolutista e privatista de poder, que canalizava as energias da nação à defesa da Fé e do Reino contra os infiéis, em que a concepção católica impunha restrições às atividades comerciais e bancárias, que assim foram concentradas na Coroa, tendo os cidadãos passado a atribuir ao Estado a responsabilidade pela solução de seus problemas públicos e privados. Produziu-se uma característica de vida em que o trabalho dignificante era o de lutar e obter títulos nobiliários, com repasse dos trabalhos braçais às classes inferiores e escravos. Essa realidade se agravou na Colônia, até mesmo pela distância, tendo cada cidadão e cada grupo se preocupado, exclusivamente, com os interesses próprios em prejuízo do cultivo de uma cultura de ética social.

1.5 A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO BILATERAL E AS FRENTE DE COMBATE

A produção de bens e serviços se dá, normalmente, por meio de empresas, constituídas sob a forma de pessoas jurídicas. Empresários organizam a atividade econômica, contratando pessoas para colocarem no mercado determinado bem ou serviço. É certo que além das empresas constituídas com capitais privados

há investimentos na produção de bens e serviços do Estado, por meio de empresas públicas e de sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Afirma Domingo García-Marzá (2004, p.19) que a empresa deve reconhecer que não é um instrumento neutro, ditada somente a atuar em conformidade com a lei em benefícios especificamente privados, mas uma realidade social que responde à consecução de determinadas tarefas e objetivos sociais, devendo assumir a responsabilidade pelo cumprimento de tais fins.

O Estado é um grande adquirente de bens e serviços. Algumas empresas se vocacionam para produzir e vender ao setor público, até pelo fato de que os volumes envolvidos são significativos. As empresas públicas e sociedades de economia mista têm como regra produzir bens e serviços para a coletividade. Por esta razão quando se pensa em corrupção está a se falar na relação entre empresa do setor privado e um órgão do setor público. Apenas excepcionalmente a corrupção está na relação das companhias públicas com o setor privado. Esta última situação ficou visível com o desvio de recursos das empresas públicas por meio de empresas contratadas por ela, e destinadas a políticos de vários partidos⁹.

Embora um dos fatores de risco de corrupção decorra da relação entre empresa fornecedora e órgãos ou repartições do Estado como comprador, a realidade brasileira indica outra relação especialmente suscetível à corrupção. Esta última realidade decorre do fato de que o Estado na sua função regulamentadora e fiscalizadora interfere de modo pronunciado no mundo empresarial. E esta situação é outro flanco aberto à corrupção. Um dos fatores pelos quais isso acontece é a infinidade de regras impostas ao setor privado.

Tal afirmação entretanto merece cuidado, porque induz à ideia, reproduzida sub-repticiamente pelos empresários, de que estes são vítimas de um sistema em que é inexigível outra conduta que não a de ajustar-se ao sistema espúrio, em que servidores públicos interpretam subjetivamente as determinações de lei.

Decorrente do reconhecimento das situações descritas, o combate à corrupção tem dupla direção. Deve se conduzir para os componentes da esfera pública e também privada. Mais recentemente a preocupação se direciona para a

⁹Pode-se citar como exemplo os esquemas deflagrados na Operação Lava Jato. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

esfera privada. O combate à corrupção está contemplado como um dos pilares em que as organizações socialmente responsáveis devem concentrar esforços.

No segmento público o próprio aparato burocrático controla condutas que, em tese, tenderiam a controlar a corrupção. No segmento privado prevalecia a percepção da quase inevitabilidade da corrupção notadamente naquela situação em que o Estado se apresenta como regulador e fiscalizador. De qualquer modo, se for considerar que o sistema legal brasileiro está centralizado em regras positivadas, sistematicamente, se recorre às regras jurídicas sancionatórias para combater à corrupção.

A finalidade aqui é repressiva e preventiva. As leis punem condutas indevidas com as sanções previstas em conformidade com a esfera do direito, mas também previnem por meio do desestímulo. Assim, na esfera cível o desestímulo decorre da possível imposição do dever de indenizar. Na esfera da improbidade, em conformidade com a Lei 8.429/1992, o desestímulo decorre não só do dever de ressarcir mas, também, da ameaça da perda de cargo, da proibição de contratar com o poder público, da suspensão de direitos políticos ou mesmo das multas impostas. Na esfera penal, desestimula as condutas de corrupção, impondo a privação da liberdade.

Tem-se buscado alterar o curso do combate à corrupção, sob a compreensão de que a mera criação de um aparato institucional, por meio de leis e regulamentos burocráticos no setor público e normas direcionadas ao setor privado, são insuficientes. Propõe-se que as empresas também criem sistemas de controles internos com vistas a reduzir as hipóteses de corrupção.

Além do aparato institucional cresce um movimento que propõe o desenvolvimento de uma cultura de combate à corrupção. Mudanças culturais tradicionalmente são mais longas e demoradas, mas, tendem a produzir resultados mais duradouros.

Mudanças culturais, por meio da educação e estímulo à adoção de condutas éticas são consideradas mais eficientes, porque permitem mudar comportamentos de modo permanente.

Maquiavel, em Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio (p. 72)¹⁰, anotou que não há leis nem instituições bastantes para frear uma corrupção

¹⁰[...] considerar se numa cidade corrompida é possível manter um estado livre que já exista ou, se não existir, ordenar um. Duas coisas que muito difícil fazer: e, embora seja quase impossível estabelecer

generalizada. “Porque, assim como os bons costumes precisam de leis para manter-se, também as leis, para serem observadas, precisam de bons costumes”.

As legislações anticorrupção exercem um papel de grande relevância, posto que dão efetividade à coibição de práticas indesejadas. Elas refletem a vontade social de não mais tolerar práticas que afrontem ou violem valores de integridade eleitos e validados pela sociedade.

suas regras, por ser necessário agir segundo os graus de corrupção, [...] pressuporei uma cidade extremamente corrompida, a fim de aumentar ainda mais a dificuldade; porque não há leis nem ordenações bastantes para frear uma corrupção generalizada [universal]. Porque, assim como os bons costumes precisam de leis para manter-se, também as leis para serem observadas precisam de bons costumes. [...] as ordenações e as leis criadas numa república nascente, quando os homens ainda eram bons, mais tarde deixam de convir, quando eles se tornam malvados. E, embora as leis de uma cidade variam segundo os acontecimentos, as ordenações nunca ou raramente variam: isto faz que as novas leis não bastem, porque as ordenações, que estão firmes, as corrompem (Discursos, I, 18, p. 72).

2 ESFORÇOS INTERNACIONAIS E MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO INTERNALIZADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O entendimento mais comum quanto à corrupção é o de que corresponde à oferta ou recebimento de benefícios ilícitos em razão de negócios entre o setor público e particulares. Por isso, seus efeitos se expandem para o terreno político, econômico, de legalidade e social. Por outro lado, a percepção geral de existência de corrupção na esfera pública produz um sentimento geral negativo.

Reconhece-se que a origem da corrupção no Brasil, até pelo fato de não haver evidências de ser autóctone, advém da colonização feita por Portugal eivada do patrimonialismo.

Restringindo o tema corrupção às relações entre poder público e empresas ou pessoas naturais, pode-se afirmar que ocorre no âmbito interno e também se verifica em âmbito internacional.

O que se considera nesta distinção são empresas nacionais em face dos governos locais (âmbito interno), e empresas nacionais em face de governos estrangeiros (âmbito internacional), quando não de organismos ou instituições estrangeiras. Devem ainda ser abarcadas na esfera internacional as empresas transnacionais, que com a abertura dos mercados e capitais, desejam negociar em suas antigas colônias. Conquanto seja de observar que tais negócios não se restrinjam a essa relação, sucede que, ao aproveitar-se da maior fragilidade democrática destes países, utilizam-se de práticas ilegítimas de modo a garantir vantajosos contratos governamentais, reforçando um ciclo de corrupção, em que as empresas que não agem retamente levam vantagem e ainda alimentam a perpetuação no poder de autoridades públicas estrangeiras inidôneas¹¹.

É certo que na esfera pública brasileira, notadamente em razão da existência da federação, potencializam-se as condições para a proliferação da corrupção. A situação é mais perceptível se tivermos em conta a complexidade da organização política de cada um dos entes, notadamente da União.

¹¹“Por muito tempo o suborno transnacional foi, durante muito tempo, não só uma forma de estratégia empresarial como também de política externa: vide as legislações tributárias domésticas que permitiam, até pouco tempo, a dedução no imposto de renda de valores de suborno de governos estrangeiros, como despesas legítimas de negócio.” (FERREIRA, 2015, p. 25).

Como destaca Pilagallo (2013, p. 51) a “estrutura do Estado Brasileiro é demasiadamente concentrada no Poder Executivo Federal. Há uma espécie de monopólio das políticas públicas e concentração dos impostos”.

Esta situação de pouca autonomia dos Estados e Municípios cria a necessidade de intermediações nas demandas municipais e estaduais. Autoridades destas esferas, notadamente as municipais, acabam sendo compelidas a fazer pleitos a autoridades federais, notadamente parlamentares, o que cria um ambiente para práticas de corrupção, como se dá, por exemplo, com as emendas individuais nos orçamentos, em que deputados condicionam emendas ao recebimento de “comissões”, ou mesmo ao direcionamento de licitações e contratações pelo ente municipal, para empresas relacionadas a ele.

Nessa mesma linha, contribui com um ambiente de corrupção a atividade de intermediação de interesses (lobby), não regulamentada no país.

Variação perniciosa, que combina intermediações ilegais entre a esfera municipal e federal e também intermediação de interesses indevida (lobby), ocorre com a elaboração de projetos para execução de obras ou serviços com recursos federais, “vendidos” ao município, em que empresários, deputados e prefeitos se relacionam ilicitamente.

Os acontecimentos ligados ao tema que são veiculados pela imprensa no presente momento (julho de 2016) condizem com a exposição, posto que a operação “Lava Jato” tem como principal foco esquemas de corrupção. Nestas investigações estão envolvidas empresas estatais. Crescem também as notícias sobre fraudes e corrupção em municípios, que afogados em dívidas deixam de prestar os mais elementares e básicos serviços públicos.

Há também a dimensão internacional da corrupção. Decorre do fato de que empresas de um país operam em vários outros, estabelecendo contratos com governos de outros países. Essa situação decorre de várias causas, dos quais é possível apontar três:

(i) Capacidade técnica: nem todos os países têm empresas nacionais aptas a realizar obras complexas.

(ii) Concorrência internacional: mesmo que haja empresas aptas a realizar obras no país de sua sede, presta-se teoricamente a reduzir os custos.

(iii) Valores vultosos: nas circunstâncias anteriores, os valores envolvidos são significativos, o que cria um ambiente tentador para os acordos entre grandes empresários e os agentes públicos ou políticos do país contratante.

Cumprido salientar que em regra, os governos do país onde se localiza a empresa atuam no sentido de aumentar as chances de que ela vença a concorrência. Por meio de políticas fiscais que a favoreçam, criam linhas de financiamento oficiais eventualmente subsidiadas, e até mesmo politicamente, para influenciar autoridades do país onde se executam as obras. A linha entre a legalidade e ilegalidade é bastante estreita nas circunstâncias, e pode envolver influências decorrentes das ideologias dos governos, que favorecem ou prejudicam às empresas que participam de concorrências internacionais.

Visto de outro ângulo, as grandes corporações transnacionais têm poder econômico maior do que muitos países o que pode reforçar a possibilidade de corrupção. Soma-se a isso ainda a crença que por muito tempo vigorou, de que a única forma das empresas transnacionais de realizarem negócios com países chamados “subdesenvolvidos ou em desenvolvimento” era por meio do pagamento de suborno. Tal argumento colocava as empresas transnacionais em uma posição de vítima diante de um suposto “fatalismo da corrupção”.

É inegável a força da cultura da corrupção. Entretanto, a reprodução destes conceitos de maneira consistente é leviana e reprovável. Ferreira (2015, p. 23) pondera que tal visão de que “os países em desenvolvimento são inerentemente corruptos e só resta às empresas estrangeiras se adaptarem a esta situação” é claramente uma falácia. Para o autor, a verdade é que longe de serem vítimas das cleptocracias estrangeiras, os países investidores são corresponsáveis por essa situação.

Foi em razão da constatação dessa realidade que surgiu preocupação com a corrupção de âmbito internacional, quer isoladamente em países (notadamente os Estados Unidos), quer nos organismos supranacionais.

A preocupação se estende à Organização das Nações Unidas, Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, Organização dos Estados Americanos, Conselho da Europa e União Europeia, conforme consta na justificativa do Decreto 3.678 de 30 de novembro de 2000 que promulgou no Brasil a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997¹².

2.1 POLÍTICAS ANTICORRUPÇÃO NA GLOBALIDADE

A globalização contribuiu sobremaneira para a intensificação da corrupção e, a partir daí pressões internacionais impulsionaram a internalização de diversos instrumentos normativos no ordenamento jurídico brasileiro. A manutenção das regras de mercado leais e transparentes a nível global passou a ser uma preocupação dos organismos supranacionais, dando origem a tratados ratificados pelo Brasil.

Pelo viés econômico, Marques Neto (2002, p. 120-130) refere que a globalização caracteriza-se pela mobilidade dos capitais financeiros, flexibilidade da produção econômica, transnacionalização e integração dos mercados, a par da disseminação das tecnologias e de processos de produção cada vez mais interligados, com reflexos na própria cultura.

O processo de globalização alterou o tradicional quadro de divisão entre esfera pública e privada e também ultrapassou o poder predominante dos estados nacionais, transportando as decisões políticas, econômicas e sociais para o cenário supranacional, onde vigoram as regras de mercado. Nesta dinâmica, governos de estados nacionais perdem, por um ângulo, poder de decisão, mas, buscam readquirir relevância aderindo à intermediação de um lado perdem o poder de decisão, e de modo oposto, buscam reconquistar relevância como intermediadores ou garantidores, inclusive nas arenas dos organismos internacionais.

A pressão dos interesses econômicos transnacionalizados (obedientes à dinâmica econômica e financeira radicalmente mundializadas) e dos interesses organizados presentes em uma sociedade complexa e multifacetada, obriga o poder político atuar longe da imperatividade e unilateralidade monocrática que modelavam o Estado originado no período absolutista. Este passa a ter que exercitar papéis que são antes os de intermediação e de garantidor de soluções pactuadas em arenas extraparlamentares e extrajudiciais. (MARQUES NETO, 2002, p. 133).

¹²- BRASIL, Decreto 367 de 30-11-2000, publicado no DO 231-E, seção 1, p. 3.

A consequência da globalização encontra correspondência com a fragmentação social da qual deriva um processo de multiplicação das fontes de normatividade social, que põe em cheque a própria unicidade e a homogeneidade do modelo positivista de Direito.

Seja a globalização compreendida sob o viés antropológico ou em razão do perfil econômico e tecnológico, fato é que seus efeitos afetam os negócios jurídicos provocando um enfraquecimento dos estados nacionais e de sua capacidade repressiva. Neste contexto, a criação de ferramentas multilaterais e internacionais para o combate de condutas indesejadas na ordem jurídica internacional, tais como a corrupção, torna-se fundamental.

Jurgen Habermas, em sua obra “A Constelação Pós Nacional” (2001, p,112) é mais incisivo, e afirma que o enfraquecimento estatal é efeito colateral da globalização, resultando em liberalização, democratização e uniformização. Diante deste contexto, em que se descortina uma “constelação pós-nacional”¹³, o enfraquecimento do Estado gera a necessidade de procedimentos cooperativos a nível transnacional.

A mundialização dos fluxos comerciais e crescente aumento das trocas mercantis de investimentos e serviços transfronteiriços, também provocou uma intensificação da criminalidade, que se materializa entre outras formas, na corrupção, e passa a assumir proporções e reflexos globais.

Ferrajoli (2003, p. 79) destaca essa nova realidade e os efeitos negativos dela decorrente: “mundialização das comunicações e da economia não acompanhada de uma correspondente mundialização do direito e de suas técnicas de tutelas; o declínio paralelo dos estados nacionais e do monopólio estatal da produção jurídica; o desenvolvimento de novas formas de exploração, de discriminação e de agressão aos bens comuns e aos direitos fundamentais”.

Com a globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade.

¹³ Para Habermas, a maneira de continuar preenchendo as funções sociais do Estado, que já não têm sido mais alcançadas, é passar de um Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo essa economia transnacionalizada. Essas fusões políticas são condição necessária para uma recuperação da política frente à economia globalizada: “Só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional”.

No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais como também a condicioná-los. (FARIA, 2004, p. 32).

Também convém pensar a corrupção em termos financeiros. Estima-se que em nível mundial, os custos da corrupção chegam a 5% do produto bruto mundial. Alcançam cerca de 2,6 trilhões de dólares e mais de um trilhão de dólares gastos em propina a cada ano¹⁴.

Habermas (2001, p. 112) destaca que com a internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente.

Os estados nacionais apresentam-se cada vez mais frágeis diante da nova ordem que se estabelece em razão da globalização. É natural que se canalizem esforços a fim de criar regras harmônicas para o combate de todas as formas de corrupção que afetem uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, para reforçar as normas internacionais, sem olvidar-se, no entanto, da necessidade do alinhamento e aperfeiçoamento das normas internas.

Neste sentido, afirma Tânia Lobo Muniz:

O impacto sofrido pelo Estado em seu papel decorrente da internacionalização da economia e do capital político por ele transportado, fez com que ele deixasse de ser a referência e de ter possibilidade de intervir no domínio econômico de forma efetiva. Nesse sentido, a disciplina das normas voltadas a assegurar este setor da vida social passam a ser, ao mesmo tempo, locais e globais, conformando a homogeneização de um grande espaço, planetário de valorização e de unificação normativa. (MUNIZ, 2012, p. 162).

Neste panorama em que as relações econômicas entre países assumiram proporção maior do que aquela até então existente, em que aspectos decorrentes dessa realidade se espalharam para outros campos, tornam-se imprescindíveis os esforços dos organismos supranacionais para buscar no campo de negócios o prevalecimento de alguma ética e combate a práticas de corrupção.

¹⁴ Estudo feito pela *Cleangovbiz Organization*, organização intergovernamental que atua no âmbito da OCDE-Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <http://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>. Acesso em 02 de março de 2015.

2.2 CONTRIBUIÇÕES DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA POR MEIO DO FCPA (FOREING CORRUPT PRACTICES ACT)

Os norte-americanos foram os primeiros que se preocuparam em criar uma legislação anticorrupção que punisse não apenas a corrupção praticada em território nacional, mas também aquela envolvendo autoridades estrangeiras. A lei conhecida como FCPA (Foreing Corrupt Practices Act) foi sancionada em 1977, após o escândalo Watergate, que envolvera o presidente Nixon e que renunciara em agosto de 1974. Sucedeu que durante a apuração do escândalo de que o Presidente teria tido conhecimento de espionagem a adversários políticos no referido edifício, a investigação derivou para o financiamento de campanhas políticas com a descoberta, de que empresas americanas detinham fundos irregulares para corromper governos estrangeiros. Biegelman e Biegelman (2010, p. 10) relatam que na investigação que contou com a colaboração da Comissão Norte Americana de Câmbios e Títulos (SEC, *Securities Exchange Comission* em inglês), mais de 500 empresas norte-americanas admitiram ter pago cerca de 300 milhões de dólares em suborno a funcionários de governos estrangeiros.

A grande contribuição da lei foi tornar ilegais os pagamentos efetuados a funcionários de governos estrangeiros, partidos políticos estrangeiros, candidatos a cargos políticos estrangeiros em troca de vantagens comerciais ou econômicas. Portanto, a lei coibiria pagamentos realizados com o intuito de obter ou manter negócios e o recebimento de vantagens indevidas. O cenário político (escândalo que alcançou o presidente da república) e a lassidão com que atuavam as empresas americanas pagando subornos para ocuparem mercado em países estrangeiros propiciou a gestação da lei.

A questão especial contida no FCPA foi a extensão da territorialidade na sua aplicação. Estabeleceu-se que a legislação aplicar-se-ia não apenas às empresas com sede nos EUA ou que, de outra forma estivessem sujeitas à legislação daquele país, mas também às empresas com ações cotadas nas Bolsas de Valores Norte-Americanas, além de alcançar outras empresas estrangeiras que praticassem atos de corrupção no território dos EUA.

Segundo Amatucci & Avrichir, (2008, p. 235) a factibilidade econômica das operações pela empresa em outro país decorre do chamado investimento estrangeiro direto (IED), também nominado na língua inglesa como FDI (*foreign direct investment*) que basicamente se dá por meio de criação de subsidiárias. Investimentos estrangeiros também podem ser feitos diretamente em empresas nacionais, mediante aquisição de controle acionário. Nessas duas espécies de aporte financeiro, há menor espaço para corrupção, visto que as tratativas são normalmente feitas diretamente entre estrangeiros e nacionais. É mais comum, nessas situações, pagamentos legais de comissões ou lucros de fundos de investimento que porventura se envolvam na operação. O possível foco de corrupção pode se dar em organismos de controle. Mais exatamente, se uma empresa estrangeira pretende adquirir o controle de uma nacional, e a primeira já opera no território nacional, a operação pode ter reflexos no terreno concorrencial, o que pode determinar consulta ou autorização para a operação (via CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por exemplo)¹⁵.

Em oposição, existem os fluxos de investimentos financeiros, por meio de aplicação em bolsas de mercadorias ou ações, ou mesmo para outras espécies de especulação. Nesse caso, pode haver corrupção mesmo que velada, quando nacionais induzem a estrangeiros, mediante propina a fazer os aportes em aplicação em ações de companhias brasileiras determinadas negociadas na Bolsa de Valores. Na realidade, os investimentos financeiros podem proporcionar uma via oposta, ou seja, de corrupção praticada por responsáveis por fundos de investimentos estrangeiros em face de nacionais, induzindo-os a aplicação em mercados financeiros de outros países. Nas duas últimas situações além da corrupção, estaria havendo manipulação de mercado, o que configuraria ilícito específico previsto na Lei 6.385/1976.

Na percepção de Ferreira (2015, p.60) a FCPA não representou apenas um projeto pioneiro, mas um salto em direção ao desconhecido “de um lado, as consequências gerais da manutenção de uma legislação nestes moldes não tinham sido mensuradas”, com possibilidades remotas de retorno, pois “a moralidade “pós Watergate” não permitiria retroceder o processo de reforma legislativa”.

¹⁵O CADE é autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça cuja principal função é a defesa da concorrência, nos termos da Lei 12.529 de 2011.

Por um longo período os Estados Unidos foram a primeira e única nação a reprimir o pagamento de suborno de suas empresas no exterior a autoridades estrangeiras. A literatura traz relatos¹⁶ de que a unilateralidade nos esforços do combate a corrupção, teria provocado certa desvantagem competitiva para as empresas norte-americanas. Elas teriam perdido contratos bilionários na década de 70 e 80 para empresas inescrupulosas de outros países que não tinham legislação nesse sentido. Tal constatação levou os Estados Unidos a pressionar os demais Estados para a adoção de um regime internacional anticorrupção e decorrente promoção de um ambiente de igualdade de competição (*level playing field*).

Por ser muito abrangente e ultrapassar o território das empresas, e até mesmo de suas administrações, a FCPA impõe que seja adotada uma série de medidas pelos sócios, administradores, trabalhadores, prestadores de serviços e demais representantes dessas empresas. Exige que as empresas mantenham livros e registros precisos, assim como um sistema de controles internos suficientes para, entre outras coisas, dar garantias razoáveis de que as transações realizadas e os ativos negociados fossem contabilizados de acordo com as normas, inclusive com identificação da cadeia da diretoria que tenha autorizado as operações.

As violações da FCPA geram, em princípio, dois tipos de responsabilidade: criminais e não criminais. As sanções são impostas pela justiça federal, mediante ação judicial proposta pelo DOJ ou pela SEC, que como se recorda é Comissão Norte Americana de Câmbios e Títulos. Ferreira (2015, p. 83) esclarece quanto à responsabilidade criminal que “as pessoas físicas podem ser forçadas a cumprir pena de até 5 anos e pagar multas de até 250.000 dólares pela prática do suborno.” A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica consiste notadamente em multa de até dois milhões de dólares americanos.

A FCPA dispõe ainda que, além de eventuais prejuízos à reputação empresarial, empresas e indivíduos que tenham cometido violações à lei terão de devolver seus ganhos ilícitos, pagarem juros, além de poderem vir a sofrer sanções civis substanciais. As pessoas físicas também se sujeitam a penalidades como multa, que devem arcar às suas expensas, dado que não poderá ser paga pela empresa, e até mesmo prisão.

¹⁶Apontados por Luciano Vaz Ferreira em sua tese de doutoramento de título “A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: Como pode o Brasil controlar o suborno praticado por empresas Transnacionais”.

A FCPA surgiu em um momento histórico em que a globalização começava a se descortinar e as empresas norte-americanas expandiam fortemente suas atividades em outros países. Foi pioneira, e por algum tempo, único instrumento com alcance extraterritorial a reconhecer o papel ativo das empresas no agenciamento da corrupção. Teve o papel essencial de despertar discussões e induzir pressões internacionais que levaram à mobilização das organizações supranacionais a dispender esforços visando o combate a corrupção.

2.3 A CONVENÇÃO SOBRE COMBATE À CORRUPÇÃO DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE)

Diante do caráter cada vez mais transnacional da atual ordem mundial, torna-se imprescindível a criação de mecanismos de cooperação entre Estados. Conquanto acordos bilaterais ou mesmo multilaterais sejam elaborados de modo consistente para que países possam obter eficiência em medidas que transcendam as fronteiras próprias, as organizações supranacionais amiúde promovem a colaboração por meio de convenções.

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem sede em Paris foi criada em 1961, por vinte países com o objetivo de desenhar políticas de desenvolvimento global que aperfeiçoem o bem-estar econômico e social do mundo. A OCDE, convencida do impacto político, econômico e social provocado pela corrupção a nível mundial, tem lutado para combater tais mazelas e o resultado mais significativo destes esforços manifesta-se na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, assinada em Paris no dia 17 de dezembro de 1997.

Segundo GODINHO (2011, p. 366) a Convenção Anticorrupção:

[...] representa a primeira iniciativa internacional efetiva da luta contra a corrupção. Seu texto comporta um acordo internacional clássico, semelhante com muitos textos concebidos e negociados nas organizações internacionais. A sua contribuição principal é acordar ao direito penal interno de cada signatário para punir empresas ou pessoas físicas que praticaram atos de corrupção no exterior, inclusive em Estados nos quais tais atos seriam beneficiados por uma imunidade de jurisdição.

A Convenção dispõe que os Estados deverão tomar todas as medidas necessárias de maneira que, segundo suas leis, seja delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Assinada por mais de 30 países, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 pelo Brasil e promulgada em 30 de novembro de 2000. O acompanhamento sistemático e periódico no país se iniciou em 2003, quando se aferiu a adequação da legislação brasileira aos termos do documento. O resultado do monitoramento foi positivo em função de o Brasil já apresentar, à época, legislação em grande parte adequada à Convenção.

Em atenção aos compromissos assumidos na Convenção, em 11 de junho de 2002 foi editada a Lei nº 10467, que incluiu no Código Penal os tipos de “Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira”:

O Brasil teve de adaptar sua legislação penal, pois, à época do Código Penal de 1940, ainda não se vislumbrava o alcance da corrupção no futuro – não era nada fácil remeter fundos ao exterior, nem transferi-los, tampouco os negócios transnacionais eram tão frequentes como hoje. Para lidar com essas situações fáticas não tipificadas criminalmente, a adição do Capítulo II-A ao Código Penal expandiu o alcance das regras de repressão à corrupção, criando tipos dotados de efeitos extraterritoriais, tais como corrupção ativa em transação internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional; (OSÓRIO, 2014, p. 5)

Ferreira relata (2015, p. 67) que o meio acadêmico teve papel importante para a mobilização internacional no combate à corrupção. Possibilitou que a abordagem funcionalista¹⁷ da corrupção fosse definitivamente superada e afastou a tolerância motivada pela compreensão de que esta teria uma faceta positiva ao induzir decisões de políticas desenvolvimentistas. Os escândalos que envolveram políticos

¹⁷Pela abordagem funcionalista, que se tornou dominante na década de 1960, a corrupção poderia cumprir uma função no desenvolvimento. Se mantida sob controle, a corrupção pode ser uma forma alternativa, encontrada pelos agentes políticos, de articular seus interesses junto à esfera pública. Por exemplo, a construção de máquinas políticas visa a influenciar o conteúdo das decisões tomadas na arena legislativa, por meio da persuasão das elites partidárias. (FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública, vol.15 n. 2, Campinas, Nov. 2009. <http://dx.doi.org/10.1590/S010462762009000200005>)

européus e asiáticos na década de 90 permitiram a consolidação da noção de que a corrupção não se limita apenas a fronteira de um só país, mas se manifesta em todo espaço onde há relações econômicas e capitalistas.

2.4 CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) CONTRA A CORRUPÇÃO

Após o protagonismo na discussão sobre medidas internacionais anticorrupção na década de 70, a Organização das Nações Unidas (ONU) passou vários anos sem grandes avanços nos esforços anticorrupção (FERREIRA, 2015, p.70)

Entretanto, com o retorno do tema às pautas internacionais a partir da década de 90, a Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 55/61, reconheceu a importância de desenvolver um instrumento jurídico internacionalmente vinculante contra a corrupção e decidiu estabelecer um Comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados, com a tarefa de elaborar um documento.

Conforme informativo da Convenção elaborado pela Controladoria Geral da União (CGU, 2008, p. 7) o texto do instrumento jurídico mencionado deveria considerar a criminalização de todas as formas de corrupção, cooperação internacional, aspectos regulamentares da corrupção e sua relação com a lavagem de dinheiro.

A própria ONU reconheceu, que “desde 1996, a corrupção passou a ser tema de interesse dos mais diferentes países que, de modo regional, iniciaram processos de acordo de ação conjunta nesse âmbito

Em dezembro de 2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi firmada na cidade de Mérida, no México (Convenção de Mérida), e é atualmente o maior e mais completo instrumento internacional contra a corrupção. Ela é composta por 71 artigos que tratam da prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional.

No capítulo que faz menção sobre prevenção à corrupção, a convenção prevê que os Estados Partes implementem políticas contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam sobre os princípios do Estado de Direito tais como a integridade, a transparência e a *accountability*.

Não há na língua portuguesa um termo que traduza precisamente o conceito de “*accountability*”. Isto por que ao definir como mera prestação de contas esvazia-se o sentido do termo, que exprime muito mais do que um mero dever contábil. Reflete a necessidade de possuir controles precisos e pessoas que se responsabilizem por assegurar que sejam cumpridos. Incorpora conceitos de eficiência e um dever de transparência.

Acerca do tema, aduz Pascoal:

A propósito, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a *accountability* está refletida, por exemplo, na consagração dos princípios republicano e democrático (art. 1º da CF), no princípio da prestação de contas (artigo 70 da CF), no dever de eficiência e de transparência (artigo 37 da CF), na existência de mecanismos de controles técnicos de gestão (Tribunais de Contas, Ministério Público, (...) Ouvidorias etc) (PASCOAL, 2009, p.8)

O conceito de *accountability*, implica no dever moral dos agentes públicos, de efetivamente responder e serem capazes de prestar contas àqueles a quem representam.

Os objetivos previstos no artigo 2º, apontam a promoção, fortalecimento e o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção. Ainda, a facilitação e regulação da cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas. Entre elas, ampla assistência para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção.

Mais relevante é assinalar a preocupação em colocar em prática as medidas propostas na Convenção das Nações Unidas. Neste sentido, a UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crimes*, ou Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) como guardião da Convenção, propôs-se não só a promover a ratificação da Convenção como também em novembro de 2009, promoveu a reunião em Doha (Catar) para deliberar sobre medidas tendentes à implementar efetivamente a Convenção. Na oportunidade foi deliberada a criação de mecanismo de monitoramento da implementação da convenção, pelo qual cada Estado seria monitorado a cada cinco anos. A avaliação adotou um *software*, que inclui um *checklist* sobre a aplicação da convenção. Os resultados dessas avaliações, baseadas em processos de autoavaliação e em visitas de especialistas internacionais. Em outras

palavras, a UNODC adotou a postura de criar instrumentos técnicos para aferir o efetivo combate à corrupção em cada país, o que permite estabelecer cooperação técnica¹⁸.

A Convenção foi internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Presidencial n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

2.5 CONTRIBUIÇÕES DO UK BRIBERY ACT

Em linha similar à do FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) americano, o Reino Unido promulgou em 2010 o *UK Bribery Act*, que entrou em vigor em 1 de julho de 2011, a partir da instauração do *Serious Fraud Office*, órgão especializado ao combate das práticas relacionadas a corrupção. Na ocasião, o UKBA foi apresentado como parte fundamental de uma nova onda global de robustas legislações anticorrupção, com a promessa de um crescente aumento da aplicação destas leis.

Considerada uma das legislações mais severas do mundo no que diz respeito ao combate à corrupção nas empresas¹⁹, pode ser aplicada a pessoas jurídicas, com sede (ou, no limite, com representação societária) no Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte) e também àquelas que realizem negócios com pessoas jurídicas estabelecidas no Reino Unido.

Acerca da motivação e das contribuições do referido instrumento legal, destaca Guilherme Lobo Marchioni (2013, p.1):

A edição do Bribery Act, norma anticorrupção em vigência no Reino Unido, foi atestado de que a corrupção em relações público-privadas era um verdadeiro fantasma que se desejou expulsar. É neste sentido que se compreende a razão de ser do Bribery Act, consequência de uma crescente pressão nacional e internacional para que o Reino Unido corrigisse deficiências em sua normatização sobre corrupção, sobretudo aquela com implicações internacionais.

¹⁸- Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>. Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁹Em artigo publicado no periódico online Legal Ethics and compliance News em 31 de julho de 2013 Guilherme Lobo Marchioni realiza um balanço da aplicação da legislação britânica dois anos após a sua publicação. Disponível em: <http://lecnews.com/novo/bribery-act-2-anos-depois/>

O UKBA (United Kingdom Bribery Act) tipifica as ações de oferecer, prometer, pagar, requerer, concordar em receber ou aceitar vantagem; subornar oficial estrangeiro; e falhar na prevenção de corrupção.

Destaque-se o estímulo a implementação de normas e procedimentos internos anticorrupção ou práticas de *compliance*, priorizando a prevenção em detrimento da repressão.

O destaque a registrar é que, com vistas a orientar as empresas nas práticas de *compliance* almejadas, o UK Bribery Act Guidance, guia elaborado pelo Ministério da Justiça britânico acerca da legislação, aponta princípios, que embora não vinculativos, ajudam a dimensionar o que está ao alcance das empresas objetivando prevenir a corrupção²⁰. Dentre esses princípios estão a proporcionalidade dos procedimentos de acordo com os riscos existentes, o comprometimento de todos, principalmente do alto escalão na hierarquia gerencial, a avaliação de riscos por meio de uma análise holística do setor e do país em que os negócios serão realizados e com o grau de contato com a Administração Pública. Além disso, propõe a realização de “*due diligence*” que consiste em um processo de investigação e auditoria das empresas com quem se pretende realizar negócios e a comunicação das medidas adotadas. Em síntese, monitoramento e avaliação são os princípios sugeridos pelo Ministério da Justiça Britânico na aplicação da UK Bribery Act.

Em seus aspectos sancionatórios, a legislação aponta sanções cíveis e criminais, tanto para a pessoa física quanto para a jurídica envolvida, de maneira direta ou indireta. Quanto as multas, estas são ilimitadas às empresas e aos indivíduos. As pessoas físicas envolvidas podem ser condenadas a até 10 anos de reclusão, perdendo inclusive o direito de negociar com a administração pública.

Apesar dos esforços e expectativas geradas em torno da legislação, feito um balanço dois anos após a entrada em vigor, Marchioni (2013, p.1) questionou a eficácia concreta da Lei, posto que nenhuma grande corrupção havia sido processada ou denunciada. Neste sentido destaca:

O *Bribery Act* compactua com a responsabilidade penal da pessoa jurídica - o fato de nenhum empresário ou de nenhuma grande corporação – terem sido postos à prova é, antes, sinal da seletividade do sistema penal (que tende a atingir os socialmente mais expostos) e

²⁰Disponível em:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em 07 de fevereiro de 2016.

da falta de sintonia entre o regramento legal e o privado, ou seja, entre a lei e o *compliance*. (MARCHIONI, 2013, p.1)

A despeito das críticas feitas, é sabido que a eficácia social da norma nem sempre é uma resposta imediata. Por vezes, a legislação inaugura um processo de transformação social, o que não minimiza sua importância. Ao contrário, corresponde ao reconhecimento de que o primeiro passo foi dado e a constatação de que a sociedade está cada vez mais a demandar ética empresarial.

O UKBA (United Kingdom Bribery Act) serviu de inspiração à Lei Anticorrupção do Brasil (Lei 128466/2013), pois implementara a responsabilidade objetiva por falha na prevenção à corrupção²¹.

2.6 O PACTO GLOBAL E O NOVO PARADIGMA DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

Registrou-se no decorrer do trabalho que embora a corrupção seja um fenômeno usualmente associado à esfera pública, os entes privados também têm o dever de atuar como protagonistas de seu combate. Neste sentido, as iniciativas do Pacto Global são importantes pois estabelecem 10 princípios para destacar a responsabilidade que possuem perante a sociedade.

Conquanto a Responsabilidade Social Empresarial (RSE) não seja um tópico novo, o assunto tem despertado grande interesse da comunidade científica e acadêmica. Pode ser traduzida na sua visão mais clássica, proposta por Archie Carroll, em 1979, pela seguinte definição: “compreende as expectativas econômicas, legais, éticas e discricionárias que a sociedade tem em relação às organizações em determinado período” (CARROLL, 1979, p. 500). A discricionariedade da empresa significa que ela opera numa linha de absoluta liberdade, concentrando seus esforços exclusivamente para si.

Barbieri (2009, p. 53) aponta que, posteriormente, a palavra discricionária foi substituída pela palavra filantrópica, considerando-a como uma restituição à sociedade de parte do que ela recebeu. Tem o sentido de que a empresa deve ser voltada para devolver benefícios à comunidade.

²¹“failure to prevent bribery”

O conceito de Responsabilidade Social Empresarial sofreu diversas modificações no decorrer dos anos com a criação e aperfeiçoamento de novos modelos teóricos que buscavam precisar seu o alcance e as suas dimensões. Há dois importantes marcos teóricos que elucidam a evolução da compreensão da RSE. Um é atribuído a Milton Friedman, economista liberal americano Outro é atribuído à teoria integradora proposta por Carrol.

Friedman defendia uma ética minimalista, aduzindo que a responsabilidade social da empresa resume-se a "utilizar os seus recursos e empenhar-se em atividades destinadas ao aumento dos seus lucros, desde que respeite as regras do jogo, isto é, as regras de uma concorrência aberta e livre, sem trapaça ou fraude" (FRIEDMAN, 1970)²².

Já Carroll e Schwartz, buscaram aperfeiçoar o modelo piramidal inicialmente proposto que se revelava insatisfatório, utilizando círculos que captassem e retratassem os três campos da responsabilidade social, que compreendem: o domínio econômico, o legal e o ético (SCHWARTZ e CARROL, 2003, p. 509)

Adela Cortina (2009, p. 113) afirma que a primeira vista, parecem duas concepções contrapostas, porém, na visão da autora não é este o caso, posto que a fórmula de Friedman não teria sido derrubada ou superada, mas sim, substituída por uma mais atual e inteligente. "A empresa verdadeiramente prudente nota que se tem em conta os interesses dos afetados ao traçar as estratégias empresariais, certamente os beneficiará, mas também aumentará o benefício do acionista. "

A responsabilidade social não se resume a mera filantropia. Não se trata de realizar ações de beneficência desinteressadas, mas sim traçar as atuações da empresa de forma que tenham em conta os interesses de todos os afetados por ela e seja mensurável e desejável o progresso. A ideia de benefício se amplia ao econômico, social e ambiental e a quantos forem afetados pela atividade da empresa. A responsabilidade social há que se converter em ferramenta de gestão. (CORTINA, 2009, p.121).

No campo econômico estão compreendidas as atividades que produzem impactos econômicos positivos, tanto diretos quanto indiretos, voltados para maximização do lucro, mas que, em resumo, produzem riqueza.

²²"There is one and only one social responsibility of business—to use it resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud." (tradução livre).

A dimensão legal, que será a de maior relevância a ser aplicada neste trabalho, relacionada ao dever das empresas em combater a corrupção, refere-se “às respostas dadas pela empresa com relação a normas e princípios legais. Pode ser vista sob três grandes categorias: conformidade legal, medidas para evitar litígios e medidas antecipatórias às leis” (BARBIERI, 2008, p. 57). A empresa, nessa dimensão, deve atuar em estrita conformidade com as leis, adotar uma política que desestimule litígios e remotamente ser indutor de produção legal. O domínio ético faz alusão às “responsabilidades da empresa diante das expectativas da população em geral e dos *stakeholders* relacionados, envolvendo imperativos éticos domésticos e globais”. (BARBIERI, 2008, p. 58).

As organizações são agentes importantes para a sociedade, em razão dos recursos financeiros, tecnológicos e humanos que agregam. Por tal razão parece sensato escolher uma visão mais abrangente da responsabilidade social empresarial, que englobe não apenas os acionistas, mas todos os *stakeholders* envolvidos.

A própria Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção adota uma linha de amplitude na matéria, incorporando a corrupção entre empresas privadas no tema²³.

Da confluência dos movimentos voltados para responsabilidade social empresarial e objetivando mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção de valores fundamentais e internacionalmente aceitos em suas práticas de negócio, surge o Pacto Global, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU) por iniciativa de seu então secretário geral Kofi Annan.

Com propostas nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, conta com a participação de agências das Nações Unidas, empresas, sindicatos, organizações não-governamentais e demais parceiros necessários para a construção de um mercado global mais inclusivo e igualitário.

²³Art. 21- Suborno no setor privado a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar;
b) A solicitação ou aceitação, de forma direta ou indireta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

Há atualmente mais de 5.200 organizações signatárias articuladas por 150 redes ao redor do mundo. O objetivo é “encorajar o alinhamento das políticas e práticas empresariais com os valores e os objetivos aplicáveis internacionalmente e universalmente acordados. Estes valores principais foram separados em dez princípios chave, nas áreas de direitos humanos, direitos do trabalho, proteção ambiental e combate à corrupção”. (PACTO GLOBAL, 2013)²⁴.

O Pacto Global da ONU estipula que as empresas adotem, apoiem e apliquem dentro da sua esfera de influência, um conjunto de valores fundamentais nas áreas de direitos humanos, normas de trabalho, meio ambiente e combate a corrupção:

As empresas ao incorporarem os objetivos estabelecidos no Pacto Global em seu planejamento estratégico e em suas ações, tornam-se protagonistas no combate à corrupção, assumindo a postura ética que a sociedade espera, alinhada com um paradigma robusto de responsabilidade social empresarial.

Como ferramenta para a gestão, a ética empresarial deveria fazer parte do núcleo duro da própria empresa, envolvendo os diferentes grupos de stakeholders, sem jamais ser apenas um setor à parte, afastado, portanto do caráter específico da empresa. (MARZA, 2008, p. 12)

O Pacto Global é importante para esta pesquisa justamente por ser uma iniciativa do empresariado mundial, que reconhece que as organizações, na qualidade de atores institucionais, demandam mudanças na cultura organizacional. A visão da Responsabilidade Social Empresarial e da ética empresarial como

²⁴Os princípios que compõe o Pacto Global:

- 1) As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente;
- 2) Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos.
- 3) As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;
- 4) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório;
- 5) A abolição efetiva do trabalho infantil; e
- 6) Eliminar a discriminação no emprego.
- 7) As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais;
- 8) Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental;
- 9) Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis.
- 10) As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.

PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA. O que é. Disponível em:

<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/O-que-eh>. Acesso em 06 de janeiro de 2016.

antagônicas aos interesses econômicos é gradativamente superada, e abre espaço para sua interpretação enquanto pilar estratégico na gestão dos recursos e pessoas.

3 MICROSSISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO

Se a legislação representa a mensagem da sociedade, contrária à tolerância de esquemas de corrupção, a sociedade brasileira tem buscado tornar clara a sua opção.

Segundo Pilagallo (2013, p. 83) há duas formas de olhar a evolução da corrupção, uma ao afirmar que os casos de corrupção têm aumentado e outra, que o que tem aumentado é em realidade, a transparência. As duas perspectivas não se excluem o que encaminha a uma terceira possibilidade, que é o aumento tanto da corrupção em si quanto da percepção da corrupção.

Independente da hipótese que se queira aceitar é fato que se verificou nas últimas décadas, um aumento dos esforços direcionados ao combate da corrupção, perceptíveis nos novos instrumentos jurídicos e normativos adotados.

As normas anticorrupção positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro prescrevem condutas e sanções que irão compor um microssistema no ordenamento jurídico referente a este tema. Lourival Vilanova, jusfilósofo brasileiro afirmou que todo fato jurídico, todo fato ligado a efeitos, sejam eventos, sejam condutas “inserir-se num sistema de normas jurídicas. E não há norma jurídica que não pertença a um determinado sistema” (Vilanova, 1984, p. 23).

Por materializar um fato social indesejado, é papel do Estado atuar de maneira a impor normas diretivas de conduta humana que impeçam a corrupção e sancionar os comportamentos indesejados, por meio da coação. Porém, a visão que restringe o direito ao seu aspecto repressivo, é insuficiente. O direito, segundo Vilanova, deve ser visto não só como sistema de normas, mas também como sistema de condutas.

Define-se o direito como um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação. Mas esse é apenas um ângulo de consideração abstrata do direito. O outro ângulo, complementar ao primeiro, reside em considerar o direito o sistema da conduta humana que efetiva as prescrições primárias (deveres e sanções, espontaneamente cumpridos). E, mais, as secundárias, que compulsoriamente, através da prestação jurisdicional, efetivam as primárias. De onde ser procedente ver o direito, sob um lado, como sistema de normas; de outro, como sistema de conduta ou ordenamento (Vilanova, 1984, p. 65).

Tais ensinamentos importam para o trabalho, pois muitos são os esforços normativos que cuidam de regram o fenômeno da corrupção. Contudo, é preciso que os conceitos normativos sejam revestidos da experiência e da prática. Assim, a vivência por meio da cultura organizacional e pelas ferramentas de gestão e controle existentes, com vistas a impedir a concretização da corrupção, também pertencem ao microssistema anticorrupção.

Pode-se reiterar que existe uma preocupação mundial em face da corrupção, e que o Brasil tem seguido esse movimento. O passo principal tem sido o de atualizar a legislação interna, reconhecendo que há poucas décadas o Brasil se limitava a tratar a corrupção como fenômeno isolado e, portanto, suscetível de responsabilização apenas na esfera criminal. O passo mais recente, além de aprimoramento da legislação, é o de estabelecer mecanismos de controle preventivos, que tem enfoque em políticas administrativas internas com vistas a criar uma cultura empresarial de combate à corrupção.

Propondo uma classificação das normas positivadas no ordenamento jurídico brasileiro que irão compor o microssistema anticorrupção, adotar-se-á a seguinte divisão:

- i) Normas integrantes do Regime Penal
- ii) Normas integrantes do Regime Jurídico Administrativo e Civil
 - a) Aspectos gerais da Lei 12.846/13.
 - b) Aspectos gerais da Lei 13.303/16
- iii) Normas de controle interno e prevenção: *compliance* e Análise de Risco Parametrizada

As leis 12.846/13 e a Lei 13.303/16, serão estudadas com maior afinco por implementarem obrigações de conduta, gestão e controles internos em âmbito empresarial. Ambas estimulam a adoção de ferramentas de *compliance* e análise de risco de maneira a praticar a ética empresarial, por meio de programas robustos anticorrupção e, assim, mitigar a responsabilidade objetiva empresarial.

No ordenamento jurídico brasileiro, as antijuridicidades são tipificadas e sancionadas, com base no bem jurídico violado, em quatro grandes esferas: penal, civil, administrativa e política. Uma mesma conduta pode assim, violar objetos

jurídicos distintos e ser sancionada também de forma distinta, sem que corresponda a um *bis in idem*, nas várias esferas.

O que distingue as sanções penais, consideradas mais graves, das sanções administrativas, civis e políticas é a possibilidade da aplicação de pena restritiva de liberdade, o que não ocorre nas demais esferas por expressa vedação constitucional, conforme se infere do art. 5, incisos LXI e LXVII²⁵, da Carta Magna.

3.1 REGIME JURÍDICO PENAL

O regime jurídico penal advém da tipificação tradicional da corrupção como crime. Nesta dimensão estão abarcadas as modalidades previstas no Código Penal Brasileiro, que irão delimitar as condutas, impondo-lhes sanções cuja pena é privativa de liberdade. Mas não só: os delitos contidos em outras legislações específicas também estão compreendidos nesta categoria, conforme será visto. Dentre os mais recentes esforços, importante destacar a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 12683/2012), grande avanço na defesa do sistema econômico e financeiro, bem como a Nova Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013) que modificou o trato processual e penal relativo às organizações criminosas, sobretudo no que tange a colaboração premiada.

O Código Penal contempla os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em Geral. Dentre os mais relevantes menciona-se o: (i) Peculato (Art. 312, CP) que consiste em apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio; (ii) a Concussão (Art. 316, CP) cujo tipo exige conduta em que funcionário público exige, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida; (iii) a corrupção passiva (Artigo 317, CP) que consiste em “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora

²⁵ Constituição Federal, Art. 5. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
Constituição Federal, Art. 5, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

Dentre os crimes praticados por particular contra a Administração Pública em Geral: (i) o tráfico de influência (Artigo 332, CP) merece destaque. Tem como sujeito ativo, qualquer pessoa que solicite, exija, cobre ou obtenha, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função; (ii) a Corrupção Ativa (Artigo 333, CP) consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Tem especial importância para o tema a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais,²⁶ que visando dar efetividade ao pactuado acrescentou ao Código Penal Brasileiro a inserção de figuras típicas nos artigos 337-B, 337-C, e 337-D²⁷. Versam sobre corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial.

Ressalta-se que no tocante aos compromissos internacionais anticorrupção assumidos pelo Brasil, a Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁸, de 1999, previa em seu artigo IX, a tipificação penal do enriquecimento ilícito a ser considerado um ato de corrupção para os propósitos da Convenção.

²⁶Internalizada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000

²⁷Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais."

²⁸ Internalizada pelo Decreto nº 4.410/2002

Conforme já se fez menção, até o presente momento, embora existam propostas, não foi criado o fato típico do enriquecimento ilícito, previsto na referida Convenção²⁹.

O crime de lavagem de dinheiro, positivado pela Lei 12.683 de 2012, ampliou a abrangência da legislação penal, tipificando a conduta de "dissimulação e ocultação da origem de recursos provenientes de qualquer crime ou contravenção penal" como jogo do bicho e exploração de máquinas de caça niqueis.

A corrupção sobressai-se a tipologia da criminalidade organizada, por meio da Lei 12.850/2013. Embora a Lei não trate diretamente sobre a corrupção, quando se coloca sobre o prisma sistemático, dentro do regime penal, tal instrumento passa a ser importante, pois contempla o fenômeno não apenas como um delito individual, mas também como *modus operandi* das organizações que atuam de maneira sofisticada em esquemas articulados e estruturados.

Sobre o tema, ensina Felipe Dantas Araújo (2010, p.20):

Obviamente o aspecto tradicional da corrupção, a "pequena corrupção" (ou *petty corruption* como definida nos manuais da ONU) ainda existe e é considerada relevante, até porque afeta diretamente os indivíduos socialmente mais dependentes de serviços básicos do Estado e, portanto, mais vulneráveis a abusos praticados por servidores inescrupulosos. Entretanto, o que se destaca nessa nova dimensão da corrupção são os grandes esquemas, os grandes desvios de recursos, as fraudes e conluíus em compras públicas de bens ou serviços, enfim, usando novamente o jargão técnico da ONU, a "*grand corruption*". A perspectiva da *grand corruption* é qualitativamente distinta, não apenas quanto ao valor incrementado dos bens jurídicos desviados, como também mudam os agentes envolvidos no delito, e o *modus operandi* criminal. (ARAUJO, 2010, p. 20)

Tanto a Lei de Lavagem de Dinheiro quanto a Lei das Organizações Criminosas, coloca o direito penal anticorrupção em uma outra dimensão a medida que afasta-se do espectro individual dando relevância aos macroesquemas que envolvem vultuosas quantidades de dinheiro.

Nos termos da Lei, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente,

²⁹ Artigo IX do Decreto nº 4.410, de 7 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". "Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A Lei de Licitações (8666/93), embora tenha maior parte de seu conteúdo referente ao regime administrativo, prevê alguns crimes que integram o regime penal. Os artigos 89 a 99, referem-se a hipóteses de violação das regras licitatórias. Cita-se a título exemplificativo, a dispensa ou e inexigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, celebração de contrato com empresa declarada inidônea, patrocínio de interesse privado, entre diversas outras condutas que frustrem o caráter competitivo da licitação ou ainda configure alguma distorção no valor, qualidade ou forma de entrega do objeto da licitação.

O regime jurídico penal é de profunda importância, entretanto não se pode olvidar que deve ser regido pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção do Direito Penal só se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito.

Embora o direito penal seja de extrema importância para proibir a corrupção, para atingir os objetivos de paz social, a esfera penal só deve ser conclamada quando os demais instrumentos normativos falharem.

Usualmente diante das pressões sociais, a primeira resposta do Estado é no sentido de promover um endurecimento das penas como forma de responder à mensagem enviada pela sociedade de intolerância às práticas de corrupção. Obviamente o caráter simbólico destas movimentações é extremamente importante já que a lei interage com os fatos sociais, regendo-os.

Porém, há que se ter em mente que conforme será aprofundado nos próximos capítulos o fim da corrupção no Brasil depende muito mais da solução de graves problemas culturais e éticos que atingem toda a sociedade do que do mero agravamento das sanções.

3.2 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Decorre do ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 114) que o regime de direito público “resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.” Juridicamente em âmbito

Administrativo, tal caracterização consiste na atribuição de uma disciplina normativa peculiar, fundamentalmente desenhada em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

O controle dos negócios públicos encontra-se regulamentado em diferentes diplomas legais, tais como: a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9784/1999) que objetiva a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração; a Lei de Licitações (Lei n. 8666/1993) que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal; a Lei de Acesso a Informação (12527/2011) que confere maior transparência à Administração Pública; a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/1985) representa instrumento de grande valor o para punir atos lesivos à administração pública; Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira; a Lei 12.529/2011 que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que tipifica condutas de corrupção privada e a Lei 12846/2013, que versa sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e a Lei 13.303/2016, a qual estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

A Lei 12846/2013 foi regulamentada pelo Decreto 8420/15 e será estudada de modo mais pormenorizado nos próximos tópicos, em decorrência dos importantes avanços que representa para implementação de uma cultura empresarial pautada na ética e no reconhecimento de que as empresas têm o dever de evitar e combater a corrupção internamente por meio do estímulo a programas de *compliance* e sistemas de prevenção e controle interno, promovendo a adequação aos compromissos assumidos internacionalmente.

A Lei 13303/2016 é uma resposta normativa que visa enquadrar a administração dessas companhias estatais, determinando normas de transparência nos dados e na administração, inclusive mediante proposta de critérios objetivos para a escolha de diretores. Importa para o presente trabalho estudar a corrupção sob a ótica das empresas (públicas e privadas) oferecendo ferramentas de controles e internos e análises de risco para mitigar a corrupção empresarial. Para isso serão aprofundadas as legislações 12.846/13 e 13.303/16.

3.3 INOVAÇÕES DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI 12846/2013) E A PREVENÇÃO DE RISCOS DE RESPONSABILIDADE PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA DAS EMPRESAS

Para dar cumprimento às competências constitucionais do Estado brasileiro estabelecidas em 1988, o Executivo foi autorizado, no desempenho de sua função administrativa a realizar negócios jurídicos com empresas públicas ou privadas. Embora seja desejável que os gestores públicos e privados atuem por meio de condutas lícitas, atualmente, inúmeras condenações em nível administrativo e judicial apontam para uma realidade de antijuridicidades (infrações e crimes) justificando a aprovação da Lei 12.846/2013.

Com o declarado propósito de dar cumprimento integral aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate a corrupção, a também chamada “Lei da Empresa Limpa”, “Lei de Improbidade Empresarial” ou ainda como preferem alguns autores “Lei Anticorrupção”, publicada em agosto de 2013, é importante peça do microssistema normativo cujo escopo é o combate à corrupção.

A Lei mencionada foi aclamada por suprimir uma lacuna até então existente no enfrentamento do tema. A notoriedade se deu em razão das inúmeras manifestações populares que permeavam o cenário nacional no momento da aprovação do projeto de Lei em 2013. A resposta popular diante do cenário vivenciado no Brasil vem despertar um amadurecimento da população que passa efetivamente a enxergar a corrupção como ameaça ao exercício de um regime democrático de qualidade. Pressionando o Poder Legislativo a aprovar projeto de Lei que vinha tramitando desde 2010 no Congresso Nacional decorrente de compromissos assumidos com a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), conforme apontado no capítulo anterior.

A Lei 12.846/13 é peça chave no microssistema brasileiro anticorrupção pois dispõe de ferramentas de proteção ao patrimônio e interesse público em duas esferas: (i) a repressiva e (ii) a preventiva.

Dentre as principais inovações da Lei Anticorrupção na esfera repressiva, merecem destaque: a) A responsabilização objetiva das pessoas jurídicas na esfera administrativa e civil pela prática de atos lesivos em face da administração pública nacional e estrangeira; b) As sanções patrimoniais e restritivas de direitos aplicáveis as pessoas jurídicas

Já quanto às ferramentas preventivas e capazes de mitigar as sanções existentes na Lei, ressalta-se: a) os programas de integridade empresarial (*compliance*); b) os acordos de leniência.

O bem jurídico que se pretende tutelar na Lei Anticorrupção é o interesse público, que nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.66) é “o interesse do todo, do próprio conjunto social, o plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, não existindo coincidência necessária entre interesse público primário e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”.

A Administração Pública, conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 63) “numa visão global, é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. É composta por agentes que detém esfera do poder e gerência no setor público.

Sendo a lei brasileira vigente no território brasileiro pode-se dizer que seu principal propósito é a proteção da administração pública nacional. Entretanto, embora a atuação da administração pública nacional se dê primordialmente no território nacional, não está restrita a ele. A administração pública estrangeira será objeto de proteção quando sofrer atos lesivos no Brasil, em razão dos compromissos internacionais pactuados pelo Brasil para combater a corrupção.

À administração pública estrangeira equiparam-se os organismos internacionais, como por exemplo, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Além de ser uma das grandes inovações da Lei, este elemento de extraterritorialidade encontra-se alinhado com os objetivos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.

Os ilícitos arrolados ao longo dos incisos do artigo 5º da Lei 12.846/13 são disfunções determinadas pela inobservância em maior ou grau dos princípios constitucionais, descritos no artigo. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade.

Os atos lesivos descritos na lei são aqueles contra a administração pública a que o artigo 1º faz referência: “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” e sujeitam todas as sociedades “independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado”, inclusive as estrangeiras com

sede, filial ou representação no Brasil, bem como as fundações, associações de entidade ou pessoas, constituídas de fato ou direito, conforme refere o art. 1º, parágrafo único da Lei, mesmo sob o regime de terceirização.

Embora destinada, imediatamente, aos negócios públicos, empresas, o escopo primordial da legislação anticorrupção concentra-se na garantia da moralidade administrativa em face das condutas diante do Erário Público.

3.3.1 Esfera de Atuação

A Lei 12.846/13 compõe o regime jurídico administrativo, embora também contenha disposições que pressupõe sua aplicação na “esfera judicial”. A opção do legislador pela esfera administrativa tem diversos fundamentos. Carvalhosa (2015, p. 36) destaca que “a responsabilização objetiva encontra no processo penal uma dificuldade, qual seja a falta de um dos elementos do delito - o dolo- como vontade livre e consciente de obter benefício que se sabe ilícito”.

Ademais, por ser tratar de uma Lei que se destina a pessoas jurídicas, o fator psicológico é inexistente, defendem Nelson Rosenwald e Cristiano Chaves (2006, p. 259) que “está superada a ideia de irresponsabilidade total ou parcial da pessoa jurídica em razão da autonomia e da independência de sua personalidade jurídica”. Tal leitura têm fundamentos na própria Constituição Federal ao determinar em seu art. 173, parágrafo 5º que as empresas responderão pelos seus atos, com o seu patrimônio social, não se confundindo com o patrimônio e a personalidade de seus sócios-instituidores.

No que tange à esfera civil, denominada na lei por “responsabilização judicial”, para permitir a aplicação de sanções que dependam de sentença judicial, o instrumento utilizado será a ação civil pública, promovida pelo Ministério Público ou Advocacias Públicas, sempre que diante das infrações, se fizer necessário pleitear: o perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; a suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber

incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.³⁰

Tais sanções por terem maior gravidade, podendo resultar até mesmo na morte da empresa, no caso da dissolução compulsória, só poderão ser decretadas pelo Juiz, por meio do devido processo legal.

A responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial, exceto quando expressamente previsto na celebração de acordo de leniência. Desta forma, a aplicação das sanções administrativas e judiciais não configuram *bis in idem*, pois um mesmo fato jurídico pode desencadear variadas implicações sancionatórias, em diferentes planos de responsabilização, ou seja, civil, penal e administrativo.

As sanções administrativas são substancialmente distintas das sanções penais, tendo em vista o conteúdo finalístico de ambas. De acordo com Fábio Medina Osório (2011, p.142) “a primeira tem por objetivo assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa, ao passo que as sanções penais teriam uma funcionalidade distinta, a saber, assegurar-se paz social e valores sociais mais amplos”.

Quanto a responsabilidade objetiva das empresas, afastando o aspecto subjetivo da conduta e a exigência do requisito da culpabilidade no processo administrativo e civil em face da Lei 12.843/2013, tem sido objeto de discussões nas recém-nascidas doutrinas que circundam a temática, pois alguns autores defendem

³⁰Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - 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 mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé

que as sanções previstas na lei teriam natureza penal, e que haveria a necessidade do elemento volitivo (dolo) para que fosse possível consumir as infrações.

3.3.2 Responsabilidade Objetiva

A responsabilização objetiva das empresas pelas infrações descritas no artigo 5º³¹ é o aspecto mais inovador e controverso da Lei 12.846/2013. Isto porque, a responsabilidade objetiva independe de dolo ou culpa. Assim, na Lei Anticorrupção, a causalidade decorrente do dolo é superada, e o nexos causal se dá a partir da relação de conduta e benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica. De acordo com Carvalhosa (2015, p. 37) “julga-se pelo dano que a conduta corruptiva ativa ou omissiva da pessoa jurídica produziu ao bem jurídico, ou seja, ao Estado”.

Para compreender a questão da responsabilidade objetiva, é preciso enxergá-la como produto da evolução normativa, resultante de uma necessidade social existente no mundo da vida, que abriu brechas no ordenamento jurídico para afastar a imperiosidade da culpabilidade diante do dever de reparação do dano, como expressão de justiça.

³¹ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

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

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

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; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

Com os avanços tecnológicos, e, por extensão, os riscos e causas geradoras de danos, tornou necessária uma nova abordagem para apurar a responsabilidade das empresas e acautelar interesses ou direitos indevidamente violados, dado que havia dificuldades na tradicional abordagem que pressupunha comprovação da culpa ou dolo.

Nas lições de Fábio Ulhoa Coelho:

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio “nenhuma responsabilidade sem culpa” relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles. (COELHO, 2004, p. 260)

Para promover a equidade, em razão do flagrante desequilíbrio entre criadores de risco, que são os detentores dos meios de produção, empresas, e suas vítimas e diante da insuficiência da teoria da culpabilidade houve necessidade de novos fundamentos para a responsabilidade extracontratual, dando origem à responsabilização objetiva.

Raymond Saleilles e Louis Josserand, (apud Alvino Lima, 1999, p. 187) ao buscar um fundamento para a responsabilidade objetiva, desenvolvem a teoria do risco. Advogam que a responsabilidade é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado e de equilíbrio social e deve ser resolvida ao seguinte critério objetivo: “quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade”.

Nessa esteira, Venosa (2013, p. 16) sustenta que o sujeito é responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano.

Com a absorção da doutrina do risco criado no campo da responsabilidade civil, as pessoas jurídicas passaram a responder pelos danos causados, quando estabelecido nexos causal entre as pessoas jurídicas e os funcionários que atuam em seu nome. O ordenamento jurídico brasileiro internalizou tal preceito no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 o qual dispõe:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

São importantes as considerações de Maria Helena Diniz (2004, p.48) ao ensinar que “a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”

Merece destaque para os propósitos do presente estudo, a Teoria do Risco-Proveito, que nas palavras de Coelho (2004, p. 365) pauta-se na seguinte premissa:

Assume a posição de que aquele que obtém benefícios diretos ou indiretos, com o exercício de sua atividade deve reparar os danos dela advindos. Trata-se de uma contrapartida aos lucros ou benefícios auferidos pelo empreendedor, a qual nada mais significa que a aplicação de uma regra de equidade. (COELHO, 2004, p. 356)

Tomando por base a teoria do risco, ao fazer a exegese do artigo 2º da Lei Anticorrupção, o qual dispõe que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Defende-se a necessidade de que a empresa tenha sido beneficiada ou tentado se beneficiar, isto é, obter proveito econômico, decorrente de ato lesivo à administração pública, para a formação do nexo causal.

Argumenta-se que a Lei 12.846/2013 adotou por fundamento a teoria do risco proveito, alinhada à vedação de enriquecimento ilícito, cláusula geral do Código Civil de 2002, disciplinada no capítulo IV. Vejamos:

Ao estabelecer a relação entre proveito e ônus, a teoria do risco sugere que a falta de responsabilização importaria vantagens indevidas para quem explora a atividade. Se o sujeito a quem beneficia não respondesse pelos danos causados em função dos riscos criados, ocorreria um enriquecimento injurídico- está implícito nos fundamentos da teoria. Resquícios da natureza sancionatória da responsabilidade subjetiva encontram-se ainda na noção da oneração do beneficiado pela criação do risco como fundamento da objetificação. (COELHO, p. 347)

De acordo com a teoria do risco-proveito, o responsável pelos prejuízos individuais ou transindividuais é quem se beneficia das atividades de risco. No caso da Lei Anticorrupção, ainda que um funcionário haja individualmente, contra

a vontade dos demais membros da empresa, em última análise é a pessoa jurídica que irá se beneficiar dos atos lesivos praticados. Por tal entendimento, acredita-se que a teoria do risco proveito é a que melhor fundamenta a responsabilização objetiva da Lei 12.846/13. Admissível que a pessoa jurídica que obteve resultados favoráveis, repare os danos causados a outrem, no caso à Administração Pública.

A despeito do avanço que representou ao propor uma dinâmica mais justa de responsabilização, a teoria do risco não se furta às críticas. Lima (1999, p. 189) enumera alguns aspectos negativos decorrentes da adoção desta teoria. Aduz que representa a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arrastando o homem à inércia, visto que, diante da responsabilidade sem culpa, de nada valeriam a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e as cautelas, porquanto o agente deverá assumir a responsabilidade por todos. Menciona, ainda, que sem o proveito da atividade pelo causador do dano, não haveria bases para a teoria de risco; além de que, a conceituação de risco e de proveito seria imprecisa, incerta e vaga (ao contrário da definição de culpa), comprometendo a teoria do risco gravemente a própria ordem social.

Tais argumentos são igualmente aproveitados por aqueles que se opõem à responsabilidade objetiva da empresa por atos de corrupção quando não houver culpa comprovada, uma vez que defendem que as infrações descritas na Lei pressupõem um agir consciente, não devendo a empresa ou pessoa jurídica sofrer as consequências quando não atuou de maneira culposa (seja por *culpa in eligendo* ou *in vigilando*).

Importante frisar que a responsabilidade dos empregadores pelos atos de seus prepostos encontra-se prevista no Código Civil de 2002, no artigo 932, inciso III³². A Lei 12.846/13, entretanto, limitou a responsabilização dos dirigentes ou administradores pelos ilícitos à medida da sua culpabilidade.³³

Neste sentido, a grande inovação da Lei, para cumprir seu propósito de inaugurar um aprimoramento gerencial voltado ao combate da corrupção, está “justamente na possibilidade de responsabilização da empresa independentemente

³²Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

³³ § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

de se ter que provar que agiu com *culpa in eligendo* ou *in vigilando*.” (TEIXEIRA, 2014, p. 531)

Frise-se que o ordenamento jurídico brasileiro via de regra não acolhe a responsabilização penal das pessoas jurídicas, exceto no caso de dano ambiental³⁴. Nesta esfera é imprescindível a existência do elemento volitivo. A responsabilização da pessoa jurídica não excluirá a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.³⁵

O jus puniendi genérico do Estado, pode manifestar-se nos diversos ramos do direito, tornando ilícita uma conduta indesejada. Desta forma, um fato jurídico pode perfeitamente constituir ao mesmo tempo, um ilícito civil, administrativo e penal, com o conseqüente sancionamento de responsabilização como ocorre na Lei Anticorrupção.

Infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para a qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de uma função administrativa.

A aplicação da sanção não necessariamente representa a sua concreta efetivação. Isto ocorre, pois nos casos em que a sanção não é espontaneamente atendida, faz-se necessário socorrer-se da via judicial.

3.3.3 Condutas Antijurídicas e Riscos de Corrupção

Constata-se a semelhança das condutas tipificadas na Lei Anticorrupção, com infrações da Lei de Improbidade e da Lei de Licitações, e ainda com crimes do Código Penal. A coincidência de condutas entretanto, não gera *bis in idem*, uma vez que os destinatários são diferentes. Enquanto a Lei Anticorrupção objetiva punir independentemente da existência de dolo as pessoas jurídicas, os demais diplomas têm por destinatário as pessoas naturais, exigindo a intenção traduzida no dolo

³⁴ A única hipótese que o ordenamento jurídico brasileiro admite responsabilidade penal das pessoas jurídicas é vislumbrada nos casos da prática de condutas lesivas ao meio ambiente.

³⁵ Art. 3º da Lei 12.846/13. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

No art. 5º da Lei está indicada uma relação de comportamentos que configurariam os atos lesivos. Os delitos do artigo 5º referem-se a obtenção de vantagem indevidas (incisos I, II, III) e a prática de condutas antijurídicas em licitações (incisos IV) e obstrução das investigações (V). Pode-se perquirir quanto à natureza da relação de atos. A relação seria taxativa ou seria exemplificativa?

No terreno penal sabe-se que os tipos devem ser “fechados” para atender ao princípio da tipicidade. Estabelecer pontualmente e de modo mais detalhado as condutas que se caracterizam como lesivas garante a segurança jurídica.

Dado que a lei visa determinar a responsabilidade de pessoas jurídicas poderia meramente referir-se a comportamentos de caráter geral. No entanto, se assim ocorresse haveria a crítica da indeterminação das situações, o que equivaleria aos tipos abertos. Outrossim, por se tratar de direito administrativo sancionador, ofenderia o princípio da legalidade caso novos tipos fossem criados. Assim, defende-se que a relação apresentada na lei é taxativa. Os atos lesivos resumem-se apenas aos descritos nos incisos I a V do art. 5º da Lei.³⁶

A compreensão dos atos lesivos, permite que se identifique onde estão alocados os mais importantes riscos de corrupção inerentes a um determinado negócio. Estas observações serão determinantes para que se possa fazer uso das

³⁶ I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

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; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - 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.

ferramentas preventivas descritas na Lei, como a criação de Programas de Integridade Empresarial e *compliance*.

A primeira conduta abarcada pela Lei consiste em “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

Nas palavras de Teixeira *et all* (2016, p. 27):

A vantagem indevida é qualquer vantagem, mas, de regra, é de caráter financeiro ou patrimonial. São comuns o repasse de valores e de bens: entrega direta de dinheiro, pagamento de viagens, pagamento de alugueis, entrega de obras de arte, entrega de joias, pagamento de reforma de imóvel, etc. A vantagem indevida pode ser mascarada, quando, por exemplo, o agente público vende um imóvel ou móvel de sua propriedade por valor superior ao preço de mercado, quando o agente público contrai financiamentos de bens ou empréstimos que são pagos pela pessoa jurídica, ou quando a pessoa jurídica entrega dinheiro como empréstimo e não cobra.

Tal conduta assemelha-se ao delito de corrupção ativa do Código Penal (Art. 333). Embora a redação seja distinta, aproxima-se à essência, omitir ou retardar ato de ofício.

O risco para a pessoa jurídica advém da interação com os órgãos públicos. É possível então identificar onde estão os pontos de contato, quem efetivamente interage com funcionário público na condição de preposto da organização, e assim, traçar estratégias para evitar que sejam oferecidas vantagens indevidas.

O inciso II, penaliza a empresa que comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei. Entende-se que não há necessidade de que a transação seja realizada diretamente com um agente público, bastando para configuração do ilícito que a transação tenha sido combinada ou realizada com pessoa à ele relacionada.

O inciso III, abrange as situações em que a empresa “utiliza-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”. Tal prática ocorre quando criam-se “empresas de fachada” para prática de ilícitos, ou ainda no caso do ato ser praticado por “associações” ou outras entidades de classe agindo em nome da empresa.

O inciso IV é dedicado a fraudes e manipulações no processo licitatório. Cuidou-se de penalizar a obtenção de vantagem ou benefício indevido, de

modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública. Verifica-se uma convergência com o artigo 92 da Lei das Licitações. De maneira geral, enquanto esta Lei preocupa-se com o dever da administração em garantir que a licitação seja justa e alcance seus fins, a Lei 12846/13 concentra-se em evitar fraudes e negociatas organizadas pelas empresas e potenciais candidatas do processo licitatório.

Por fim, a lei estabeleceu como conduta típica 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.

3.3.4 Ferramentas Preventivas e Capazes de Mitigar as Sanções Existentes na Lei

A aplicação de sanção pecuniária às pessoas jurídicas em âmbito administrativo, para combater a corrupção, é o reconhecimento por parte do legislador da existência de outros mecanismos mais adequados para atingir o escopo pretendido pela lei.

Se anteriormente, as condutas relacionadas à corrupção que se desejavam reprimir atingiam somente àqueles que o praticavam, agora, alcançam toda a organização, obrigando a empresa a desenvolver uma cultura organizacional de repressão interna às práticas que configurem corrupção.

Ainda que se tenha verificado um alargamento do objeto do Direito Administrativo, no que tange às sanções administrativas, a lei reflete a vontade do legislador e da sociedade, no sentido de que a empresa deve assumir os riscos pelas infrações praticadas por seus prepostos, funcionários, dirigentes e terceirizados, se comprometendo a adotar estratégias para coibi-las.

No aspecto quantitativo da sanção, a multa pode chegar até 20% do faturamento bruto do último exercício antecedente ao processo administrativo de responsabilização (PAR), o que revela sua natureza de direito administrativo sancionador. Isto significa que preceitos como a aplicação de lei posterior mais benéfica ao administrado, princípios gerais processuais consagrados

constitucionalmente, como o do devido processo legal, ampla defesa e o direito ao contraditório deverão ser respeitados.

No aspecto qualitativo da sanção, a publicação da decisão condenatória pode gerar grande dano reputacional, já que construção da imagem de uma empresa é um ativo intangível e extremamente importante para sustentabilidade dos negócios. Com o advento da sociedade de informação, as empresas trabalham com clientes e consumidores cada dia mais exigentes e conectados e a perda da credibilidade em âmbito nacional e internacional pode ser fatal para a manutenção das relações comerciais e jurídicas.

Embora a Lei tenha estabelecido a responsabilização objetiva, é possível que tenha havido uma imprecisão do legislador na terminologia adotada, posto que a própria lei pressupõe hipóteses que podem “mitigar a responsabilidade empresarial”. Ora, se a responsabilização objetiva ignora completamente a culpabilidade e a subjetividade na prática das condutas, como poderiam determinadas condutas mitigar a responsabilidade objetiva?

A doutrina caminha para defender que *in casu* não é a responsabilidade objetiva que é mitigada, mas tão somente sanção. Entretanto na prática, a sanção reflete o juízo de valor feito da conduta, e na responsabilização objetiva não haveria espaço para tal análise subjetiva.

Diante da celeuma aproveita-se dos ensinamentos do professor Vilanova para esclarecer que embora haja imprecisão semântica, no ordenamento jurídico positivo as eventuais contradições de significados são superados a partir da vivência prática.

A tendência histórico-evolutiva do direito positivo é constituir-se em ordenamento global. As normas – e suas expressões de linguagem, as proposições normativas – aglutinam-se em plexos de sentido coerente. Não meramente se justapõem, ou se conflitam, ou se isolam uma das outras. As proposições normativas interligam-se tendendo à consistência interior do ordenamento. E se os ordenamentos positivos acolhem contradições normativas [...] o ordenamento mesmo indica ou prescreve como solucionar o conflito de significações. (VILANOVA, 1972, p. 369).

Isto significa que eventuais incoerências das normas jurídicas são superadas quando inseridas no direito positivo, interligando-se e ressignificando-se de maneira a manter a lógica e a coerência do ordenamento jurídico.

Há duas hipóteses na Lei, que podem contribuir para reduzir a sanção das empresas que praticam condutas antijurídicas. São estas: o acordo de leniência e a adoção de Programas de Integridade Empresarial.

Thiago Marrara ensina que:

O chamado acordo de leniência designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. (MARRARA, 2015, p.512)

Por meio de tal mecanismo o Estado busca dar maior efetividade a sua investigação e apurar as infrações cometidas em face da Administração Pública. Na realização de tal acordo o Estado atinge seus objetivos e premia o particular colaborador com a redução das penas.

Para que o acordo de leniência se consuma, é preciso que as partes envolvidas percebam vantagens nas tratativas. Para o Estado, indispensável que sejam alcançados alguns resultados como a descoberta dos demais envolvidos na infração, quando couber; obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Já para a empresa, os benefícios consistem basicamente na redução das sanções.

Nos termos da Lei, os efeitos da celebração do acordo de leniência são sintetizados em (i) Redução de multa até 2/3, (ii) isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória; (iii) Isenção de 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 mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Já os Programas de Integridade são fundamentais, pois tem dupla finalidade. Além de reduzirem a multa sofrida pela empresa, simbolizam um grande diferencial no aspecto preventivo à corrupção e na formação de uma ética empresarial.

Tais programas são conhecidos no meio empresarial pela terminologia em inglês “*compliance*”. O vocábulo deriva do verbo “*to comply*” que significa “estar em conformidade”, exprimindo a ideia de adequação às normas e legislações existentes.

Em 2015, em razão da publicação do Decreto que regulamentou a Lei Anticorrupção algumas incertezas quanto aos Programas de Integridade foram sanadas:

Nos termos do art. 41 do Decreto 8420/15:

[...] 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. (Brasil, 2015)

O decreto destaca ainda no parágrafo único do Art. 41, 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, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”

Não há dúvidas que as sanções são essenciais e irrenunciáveis para o direito e o exercício da justiça. Entretanto, deve-se levar em consideração que o direito sancionador por si só têm pouca capacidade de reparação, ainda que se reconheça certo efeito preventivo. Por tal razão, no âmbito do cumprimento da lei pelas empresas e corporações, “a função de prevenção mediante um sistema de obrigatório de controle jurídico preventivo dos riscos de responsabilidade normativa, (*compliance*) adquire uma importância similar a das auditorias contábeis no que concerne ao capital social”. (BAGIALUPO, 2011, p. 17).

A utilização de normas de encorajamento, em acréscimo ou substituição as normas de desencorajamento, é fortemente defendida por Norberto Bobbio, em sua obra “Da Estrutura a Função”. A análise do Direito sob este prisma se faz relevante para entender os esforços legislativos sob aspecto da prevenção da corrupção por meio da adoção de mecanismos de *compliance*, uma vez que a sua natureza jurídica é de norma de incentivo.

Bobbio procura romper com a concepção dominante que estabelece um vínculo indissolúvel entre direito e coação. Para o autor, em um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se entre atos conformes e atos desviantes. Em atos conformes, a técnica de desencorajamento visa proteger seu exercício, tutelando a possibilidade fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de

fazer, caso se trate de atos obrigatórios e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. (BOBBIO, 2007, p. 14).

A técnica do encorajamento tem por escopo, de acordo com os ensinamentos do jurista, não apenas tutelar, mas também provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade não fazer. Diante desta estratégia, os atos obrigatórios tornam-se muito mais atraentes e os atos proibidos ainda mais repugnantes. (Bobbio, 2007, p. 15).

Trata-se, pois, de uma mudança na forma em que se exerce o controle social, cuja preocupação reside mais em favorecer as ações vantajosas do que desfavorecer as nocivas. Há uma migração no enfoque dos comportamentos socialmente indesejáveis para reforçar aqueles que são socialmente desejáveis.

Em um ordenamento eminentemente repressivo para impedir uma ação indesejada é possível torná-la: difícil, impossível ou desvantajosa. Simetricamente, em um ordenamento promocional busca-se tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa. A esta técnica denomina-se encorajamento, que nada mais é que procurar influenciar um comportamento desejado (não importando se comissivo ou omissivo) facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis.

A sanção negativa seria representada pela pena ou castigo e a sanção positiva pelo prêmio ou estímulo. Substitui-se a ameaça por uma promessa.

Tal como o mal do castigo pode constituir tanto na atribuição de uma desvantagem quanto na privação de uma vantagem, o bem do prêmio pode consistir tanto na atribuição de uma vantagem quanto na privação de uma desvantagem. (BOBBIO, 2007, p. 24).

É o que se vislumbra na Lei 12.846/13 em seu artigo 7º, inciso VIII ao dispor que “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, serão levados em consideração na aplicação das sanções”. Pode nos termos do decreto regulamentador reduzir o valor da multa aplicada pela autoridade administrativa³⁷.

³⁷ Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

I - um por cento no caso de não consumação da infração;

II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a

Mais do que um critério de proporcionalidade a norma objetiva privar o destinatário de uma desvantagem (qual seja, ser condenado a pagar o valor mais severo da multa), encorajando-a adotar os mecanismos de *compliance* e estabelecer programas de integridade.

Nesse ponto, contudo, há que se fazer uma crítica ao legislador. Considerando toda importância das sanções premiais para que uma possível conduta seja efetivamente adotada, deveria o prêmio, que se oferece, no caso em tela, de poder reduzir o valor da multa aplicada pela autoridade administrativa ser aprimorado.

Isto porque, da forma como foi redigido o texto legal, a existência de programas de *compliance* e integridade, por mais robustos e bem estruturados que fossem, não teriam o condão de afastar completamente a responsabilidade objetiva, nem a possibilidade de aplicação de outras sanções previstas em Lei, minorando o valor da multa.

A implementação de um programa de *compliance* bem estruturado e a busca pela mudança de uma cultura organizacional pode ser um processo que consome inúmeros recursos em termos de tempo, finanças e capital humano. Assim, caso o empresariado não se sinta seguro com relação a vantagem ou privação de desvantagem a ser percebida pela empresa quando da adoção de tais ferramentas, a norma não cumpriria seu propósito.

Desta forma, o melhor caminho teria sido prever a possibilidade de afastamento da responsabilidade objetiva quando houvesse programa de *compliance* bem estruturado e não apenas a redução de até 4% do valor pecuniário como regulamentou o decreto 8420/15. Isto porque, se a empresa tiver um bom programa de *compliance*, inevitavelmente, terá ferramentas suficientes para investigar e apurar em âmbito interno os desvios e atos lesivos cometidos, de modo a investigar os

que tenha dado causa;

III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;

IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e

V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22.

responsáveis, comunicar às autoridades, colaborar com as investigações e tomar as providências cabíveis.

Não afastar a responsabilidade objetiva da empresa mesmo quando restar evidenciado que o *Departamento de compliance* tomou todas as medidas cabíveis identificando e punindo os responsáveis em razão dos atos lesivos e comunicado às autoridades públicas é uma grande incoerência e atenta contra a própria *mens legis*. Na Exposição de Motivos que deu origem a Lei 12.814/13 restou claro que a opção pela responsabilização objetiva foi justamente contemplar aqueles casos em que não se consegue identificar os responsáveis diretos que agiram em nome da empresa por atos lesivos cometidos em face do Poder Público. Neste sentido, assinala Araújo:

A Lei 12.846/13, portanto, atende aos anseios da Constituição Federal, uma vez que ao dar “musculatura” ao Estado para mais eficientemente punir ilícitos da espécie, dá a este, meios mais aptos e eficazes para que cumpra seu papel de protetor dos direitos fundamentais e valores objetivos que geralmente são afetados com os atos corruptos”. (ARAUJO, 2015, p. 201)

Desta forma, acredita-se que embora a Lei tenha sim sido um estímulo para adoção de programas de *compliance*, em razão da má redação do texto Legal, é necessário que seja interpretada de tal modo que, quando for identificado um ilícito pelo *Departamento de compliance* e tomadas todas as providências cabíveis e esperadas, inclusive com a denúncia às autoridades competentes, ou ainda quando a pessoa jurídica fizer prova que o ato foi praticado em benefício do funcionário, fora de suas funções laborais, deverá ser afastado o nexo de causalidade e conseqüentemente a responsabilização objetiva.

Em contrário, os esforços internos adotados pelas empresas que buscam continuamente a construção e consolidação de um ambiente corporativo transparente não valeriam a pena, à medida que as empresas não estariam sendo privadas de uma desvantagem, mas sim penalizadas com profunda indiferença a seus esforços apesar das promessas feitas.

Uma vez identificada a natureza de norma de incentivo, passa-se a estudar a construção de programas de integridade e *compliance*, destacando seu papel decisivo não apenas na redução da sanção e na mitigação da responsabilidade objetiva, como também na criação de uma cultura organizacional de prevenção e

fortalecimento de uma nova mentalidade no jeito de fazer e conduzir negócios no Brasil.

Para tal fim, a discussão sobre a ética empresarial faz-se imperiosa. A ética, por muito tempo esteve restrita ao espectro individual. Entretanto, diante do aperfeiçoamento das instituições, a responsabilidade pelo bem comum teve de ser alargada contemplando os demais agentes que compõe a sociedade, inclusive as empresas.

3.4 CONTROLES DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS)

Pode-se dizer que a Lei 13303/2016, em vigor desde 01 de julho de 2016, foi aprovada como resposta ao envolvimento de importantes empresas públicas, sociedades de economia mista ou subsidiárias, em ilegalidades e irregularidades, servindo a propósitos escusos do poder.

A Lei institui o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias³⁸ que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. As duas espécies de companhias, e por extensão suas subsidiárias têm perfil similar, submetendo-se a um regime híbrido, público em face do controle pelo Estado e privado na forma de organização dos negócios (CARVALHO FILHO, 2016, p. 524).

O Estatuto conforma-se com a Constituição Federal, que nos termos do Art. 173 permite que a exploração de atividade econômica por meio do Estado ocorra quando for necessário à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Prescreve a CF/88 que a lei que ao tratar sobre a criação de empresas estatais disponha sobre a função social e formas de fiscalização, licitação, contratação, constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal sobre mandatos dos membros dos corpos da administração, assim como avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores³⁹. Também os incisos XIX e XX do artigo 37 da

³⁸ As empresas serão eventualmente referidas no texto como companhias.

³⁹ - Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Constituição Federal traçam determinações para a constituição das referidas companhias.

A Lei 13.303/16 nos artigos 3º e 4º descreve o que se deve entender por empresa pública e sociedade de economia mista. A descrição constitui adaptação dos conceitos respectivos a todos os entes da federação, tendo em vista que, as conceituações já estavam contidas no decreto-lei 200/1967, que dispõe exclusivamente sobre a administração federal e estabelecia diretrizes para a reforma administrativa⁴⁰. As definições em lei são positivas, pois estão alinhadas à Lei 6404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) que já sujeitava as sociedades de economia às suas regras⁴¹.

As controladas de empresas públicas e sociedades de economia mista também se sujeitam à lei. Controladas, segundo o que dispõe a Lei 6404/1976 são aquelas que se sujeitam ao controlador por ser este titular de direitos de sócios

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁴⁰ - Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

II – Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

⁴¹ Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.]

Site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm

de modo a ter preponderância nas deliberações da sociedade e elegerem a maioria dos administradores⁴².

Já as dependentes, empresa controlada que receba recursos financeiros para pagamento de despesa com pessoal ou de custeio em geral ou de capital que não corresponda a aumento de participação acionária do controlado, referidas na Lei Complementar 101/2000 e que se inserem no controle da Lei de Responsabilidade Fiscal, sujeitam-se a cumprir as mesmas regras previstas na Lei 13.303/2016 para as licitações e contratos.

Quanto à abrangência da lei é aplicável às novas companhias e às já existentes quando a receita operacional bruta no exercício anterior for superior a 90 milhões. Estas últimas terão 24 meses para promover as adaptações necessárias, entre elas as regras de governança. Ainda sem quaisquer condições quanto ao volume de receita operacional bruta, as companhias devem atender a requisitos mínimos de transparência previstos no artigo 8^o⁴³, dentre as quais, adequar,

⁴² Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Disponível em: Acesso em 01 de agosto de 2016.

⁴³ Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

II - adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação;

III - divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;

IV - elaboração e divulgação de política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;

V - elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

VI - divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional;

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;

VIII - ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa, que consolide em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, as informações de que trata o inciso III;

IX - divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

constantemente, suas práticas ao Código de Conduta e Integridade, e assim atender à função social.

É relevante destacar que as sanções previstas na Lei 12.846/2013 são aplicáveis às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, menos a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, etc.

Os mecanismos propostos pela lei e que são interligados às finalidades, assentam-se, por assim dizer, em três balizas:

- a) estabelecimento de estruturas de direção com fixação de condições para exercê-las;
- b) fixação de um conjunto de normas para transparência e controle incluindo Gestão de Riscos, Código de Conduta e *compliance*, inclusive na área contábil;
- c) transparência e controle específicos para a área de licitação e contratos.

Tais balizas traduzem esforços em transparência e controle nos aspectos mais importantes e sensíveis dentro da estrutura corporativa das empresas públicas e sociedades de economia mista. Representam um avanço para prevenção da corrupção a criação e fortalecimento de órgãos de controle interno; regras de governança corporativa e práticas de gestão de riscos. A Lei preocupou-se ainda em trazer restrições as licitações e contratos, onde verifica-se a maior exposição aos riscos de corrupção em diminuindo o grau de liberdade nas negociações e conseqüentemente, a margem para que vantagens ilícitas sejam obtidas.

3.4.1 Estabelecimento de Estruturas de Direção e Condições para o seu Exercício

Tem-se observado no Brasil que as companhias de capital público têm sido dirigidas ao sabor do interesse do acionista controlador, no caso o governo. Este que muitas vezes utiliza-se dela para finalidades que ultrapassam e até mesmo conflitam com os interesses da própria empresa. Exemplo mais claro disso é a retenção de preços de produtos praticamente monopolizados, como os derivados de petróleo, visando controle de inflação com reflexos populistas em razão da proximidade de eleições⁴⁴.

Na lei 13.303/16 o acionista controlador passa a ser enquadrado em duas linhas básicas de conduta:

(i) Obrigação de fazer constar no Código de Conduta e Integridade da companhia criada a vedação de divulgação de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos, notadamente ações.

Em outras palavras significa que o próprio controlador deve fazer constar no Código vedação de que ele próprio é o destinatário, e isto visa impedir anúncios de informações de qualquer natureza que possam afetar o mercado mobiliário. Era prática também comum, a publicidade dada por membro do executivo a fatos positivos envolvendo a companhia com reflexo na cotação das ações que em caso de muitas companhias com ações negociadas em bolsa, transcendem à Bolsa de São Paulo, a mais importante do Brasil, atingindo as Bolsas de outros centros financeiros mundiais. Note-se que a vedação de publicidade não é absoluta e pode até ser feita, desde que com autorização do órgão competente da companhia, que normalmente é o Conselho de Administração.

(ii) Obrigação do controlador preservar a independência do Conselho de Administração e observar a política de indicação na escolha dos administradores

⁴⁴ Petrobras – Prejuízo com preços controlados sobe 55% e Petrobrás busca alta da gasolina. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/08/08/prejuizo-com-precos-controlados-sobe-55-e-petrobras-busca-alta-da-gasolina.htm>. Postado em 08/08/2014 20h23. Acesso em 01 de agosto de 2016

e do Conselho Fiscal, que são formas de reduzir a intromissão de caráter político geral nas finalidades da companhia.

Aliás, a qualidade da informação é objeto de preocupação, e por isso, prevê-se no art. 18, III que o Conselho de Administração deva estabelecer que as comunicações da companhia sejam organizadas por meio de porta-vozes para eliminar riscos de contradição entre as áreas da companhia.

Mais relevante para a independência da companhia visando mantê-la fiel aos propósitos para os quais foi criada é a responsabilidade pelos atos praticados com abuso de poder em face da Lei das Sociedades Anônimas, e, que tem como consequência a possibilidade de o acionista controlador (União, Estado e Distrito Federal ou Municípios) responder por ação de reparação, que pode ser proposta pela própria empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, sem que estes necessitem autorização da assembleia geral de acionistas.

Também se observava nas empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, e até mesmo nas empresas dependentes, indicações partidárias para os cargos, o que se revelou desastroso, até porque, como apurações estão demonstrando, companhias foram colocadas para benefício ilícito de grupos ou partidos políticos que indicavam os representantes na diretoria, compromissados a atender a tais grupos em prejuízo das companhias e, por último, em atentado mediato às finanças públicas.

Ao Conselho de Administração cabe importante papel na área de controle, que inclui discussão, aprovação e monitoração de decisões envolvendo o código de conduta dos agentes, e ainda a implementação e supervisão dos sistemas de gestão de riscos e de controle interno. Assim sendo, o órgão responsável pela fixação dos grandes objetivos da companhia é também responsável pela aprovação e acompanhamento das decisões na área de controle.

Os membros da Diretoria e do Conselho de Administração submetem-se à responsabilidade atribuída pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/1976). Objetivamente, não respondem pelos atos de gerência na extensão regular dos mesmos, mas respondem quando estes ultrapassarem as atividades regulares de gestão ou quando agirem com dolo ou culpa, nos termos do art. 158 da referida lei.

A par disso, a escolha deve recair em cidadãos de reputação ilibada e notório conhecimento, alternativamente com um dos três requisitos seguintes:

experiência de 10 anos na área de atuação da respectiva companhia ou em área conexas para a qual forem indicados; que tenham ocupado um cargo de direção ou de chefia superior nos dois níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa, em empresa de porte ou objeto social semelhante, ou um cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior no setor público ou ainda em cargo de docente ou de pesquisador em área de atuação da empresa; 4 anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação. Esses requisitos, no entanto, podem ser dispensados caso a indicação para o cargo de administrador recaia sobre empregado da empresa pública ou sociedade de economia mista que tenha nela ingressado por meio de concurso público, ou quando tenha mais de 10 anos de trabalho efetivo na empresa, ou mesmo tenha ocupado cargo na gestão superior dela.

Às condições alternativas, somam-se cumulativamente duas condições: ter formação acadêmica compatível para o cargo e não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990, com as alterações a Lei Complementar 135/2010). Relembre-se que uma das hipóteses de inelegibilidade é a condenação por improbidade por tribunal colegiado.

Em sentido oposto, é vedada a indicação para a Diretoria ou Conselho de Administração: de representante do órgão regulador, Ministro de Estado, Secretário de Estado, Secretário Municipal, de titular de cargo sem vínculo permanente com o serviço público, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato do Poder Legislativo, mesmo que licenciado (cuja vedação se estende aos parentes até o 3º grau); de pessoa que nos últimos 36 meses tenha atuado como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; de pessoa que exerça cargo em organização sindical; de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria como fornecedor ou comprador de bens ou serviços com a pessoa político-administrativa controladora da companhia.

Deve se observar que no Conselho de Administração é garantida a participação de representantes dos empregados e dos acionistas minoritários, e 25% deve ser composto de membros independentes que será no mínimo um. Entretanto, é preciso ter em conta que a Lei 12.353/2010 que regulamenta a participação de representantes de empregados nas companhias organizadas na esfera federal,

somente prevê tal participação quando a empresa tiver mais que 200 empregados. Observa-se aqui uma omissão na Lei 13303/2016, pois esta tão somente afirma a garantia da participação de representantes dos empregados no Conselho de Administração, sem mencionar o dispositivo seria aplicada a toda ou qualquer empresa. Entretanto, a correta interpretação é a de que a Lei 12.353/2010 é aplicável a todas as companhias em todas as esferas, assim como a outras empresas, que não a empresa pública, de economia mista e suas subsidiárias na esfera da União.

Por ser a presente Lei 13303/2016 um estatuto das companhias, e, por ser exigência a criação de cada companhia por meio de Lei específica que atenda aos interesses de segurança nacional e também ao relevante interesse coletivo, cada lei que cria determinada companhia deverá dispor sobre o Conselho de Administração, requisitos do cargo de diretor, avaliação de desempenho cobrado dos administradores e membros de comitês.

A técnica do legislador da Lei 13303/2016 aqui estudada remete à Lei que autorizar a criação da respectiva companhia a obrigação de dispor sobre diretrizes e restrições para elaboração do estatuto da respectiva companhia. Mas, aqui na presente Lei já se determinam parâmetros: O Conselho de Administração com no mínimo 7 e máximo de 11 membros. A diretoria deve ter no mínimo 3 diretores. Mas, o próprio estatuto da companhia deve estabelecer a constituição e funcionamento do Conselho Fiscal, que deve ser permanente, assim como do Comitê de Auditoria Estatutário.

Também está fixado na Lei o prazo de gestão dos membros do Conselho de Administração e dos indicados para o cargo de diretor, que será unificado e não superior a 2 anos com possibilidade de 3 reconduções consecutivas, assim como o prazo de gestão dos membros do Conselho Fiscal não superior a 2 anos, com permissão de 2 reconduções consecutivas.

A investidura em cargo de diretoria depende da assunção de compromisso com metas e resultados específicos, que deverá ser aprovado e fiscalizado pelo Conselho de Administração. A diretoria tem prazo para apresentar o plano de negócios para o exercício anual seguinte e a estratégia de longo prazo com análise de riscos e oportunidades para 5 anos no mínimo. Por outro lado, o Conselho de Administração deve anualmente promover análise de atendimento das metas e resultados, sob pena de seus membros responderem por omissão. Assim, tenta-se alterar o hábito de que membros do Conselho de Administração tenham função

decorativa, limitando-se a homologar decisões já tomadas pela Diretoria, ou que sejam agraciados com o cargo como honraria ou para obter um complemento de renda própria. Nesse mesmo sentido está a norma do art. 20 que veda participação remunerada de membros da administração pública, direta ou indireta em mais de dois conselhos.

A avaliação dos diretores deve observar a exposição dos atos de gestão quanto à licitude e eficácia da ação administrativa, a contribuição para o resultado, consecução dos objetivos no plano de negócios e atendimento à estratégia de longo prazo. Portanto, a avaliação dos diretores a ser prevista na lei que autoriza a criação da respectiva companhia em face dos seus objetivos estratégicos, inclui o exame de suas condutas administrativas atendendo ao próprio objeto da área de *compliance* que é, em última análise, a licitude, além da eficácia o que se relaciona à contribuição para o resultado, que, naturalmente deve ser decorrente do plano de negócios e da estratégia de longo prazo.

Ao Comitê de Auditoria Estatutário compete supervisionar as atividades da auditoria independente, além de supervisionar as atividades das áreas de controle interno, auditoria interna e da área contábil que elabora as demonstrações financeiras, assim como monitorar a qualidade e integridade dos mecanismos, além de avaliar e monitorar exposições de risco das companhias.

A Lei 13303/1976 estabelece uma estrutura a ser obedecida pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Sua principal importância é estabelecer condições para um quadro diretivo mais profissional, afastando as nomeações de mero interesse político-partidário.

3.4.2 Normas para Transparência e Controle nas Empresas Estatais

A Lei 13.303/2016 determina que o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Juntas Comerciais) deva manter um banco de dados público e gratuito disponível na internet, com a relação de todas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Por conseguinte, um primeiro esforço de transparência é identificar as companhias. De passagem, acresça-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista, ao remunerarem mediante dividendos o acionista, passam a ter importância fundamental para as finanças do

ente público detentor do controle da companhia, inclusive em face da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os requisitos de transparência estão previstos principalmente no Art. 8º e tem por objetivo impor o valor da transparência. Destaque-se que a disseminação de informações deve ser feita inclusive pela internet de forma permanente e cumulativa.

A positivação do princípio da transparência ocorreu ao exigir:

(i) adequação do estatuto social à autorização legislativa e indicar o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional e o Estatuto sintonizado com a autorização.

(ii) carta anual subscrita pelo Conselho de Administração com os compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas da respectiva companhia e definição clara dos recursos e os impactos econômico-financeiros.

A carta é o instrumento para demonstrar o alinhamento entre os objetivos da respectiva companhia e aqueles de políticas públicas. Assim sendo, o órgão responsável pela fixação dos grandes objetivos da companhia é também responsável pela aprovação e acompanhamento das decisões na área de controle. A carta é instrumento de particular interesse para os órgãos de controle externo, que devem fiscalizar (ao lado dos órgãos de controle interno) às companhias públicas.

Conforme previsão do art. 8º, incisos III e VIII, na carta deverão constar também outros elementos como a previsão de divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, principalmente relativas às atividades, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração.

Quando a companhia pública explora atividade econômica, a própria Constituição a impede de ter benefícios não extensíveis às privadas para não prejudicar a livre concorrência. Por terem elas direitos e obrigações correspondentes ao regime próprio das empresas privadas (NOHARA, p. 575), é óbvio que buscam lucro. O lucro é a principal medida da eficiência da administração da companhia. Tanto assim o é, que uma das obrigações das companhias é apresentarem transparência à elaboração de política de distribuição de dividendos. A distribuição de dividendos produz reflexo financeiro na própria companhia visto que afeta o caixa, e, considerando que o proprietário ou controlador é o Estado, afeta ao orçamento do

próprio, principalmente em razão da magnitude da companhia. Assim, a política de distribuição de dividendos deve ser clara, notadamente para a sociedade de economia mista porque afeta aos minoritários.

(iii) divulgação dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins, em nota explicativa às demonstrações financeiras. Aqui já se trata de explicitação para a compreensão dos resultados contábeis, dirigida prioritariamente aos acionistas quando existentes, que permitam clareza dos dados operacionais (evolução do faturamento e evolução das despesas, repercussão financeira das atividades diretamente relacionadas aos fins ou resultados financeiros de outras fontes).

(iv) a 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. A divulgação aqui referida considera a necessidade de esclarecer ao público, como a companhia está realizando as transações, ou como pretende conduzi-las, atentando aos requisitos apontados, notadamente à competitividade

(v) a divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

As demonstrações financeiras confirmam ou não a correção de rumo e a eficiência da gestão. Mas, quando as sociedades de economia mista forem constituídas sob a forma de sociedade anônima, a Lei 6404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) é aplicável, significando que ela é suplementar à Lei 13303/2016. Mesmo que constituída com capital fechado a sociedade de economia mista se obriga a cumprir as regras previstas na Lei 6404/1976 e da própria Lei 6385/1976 (dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários e a Comissão que o disciplina) no tocante às demonstrações financeiras, o que inclui a obrigatoriedade de auditoria independente.

As despesas com publicidade e patrocínio da companhia pública são regulamentadas. Trata-se de transparência e controle. Entretanto, não há proibição àquelas empresas monopolísticas, visto que se entende que tais despesas podem ser dirigidas para valorizar a marca. Interessante destacar a importância das empresas públicas no patrocínio de esportes olímpicos, pois, atingem 89% dos atletas⁴⁵ que estão na delegação olímpica brasileira de 2016.

⁴⁵ A informação consta no jornal Folha de São Paulo, de domingo, 31- de julho de 2016, 1ª página: "Esporte teme que a crise agrave fuga de patrocínio pós-jogos".

(vi) ao assumirem obrigações ou responsabilidades distintas das de outras empresas do setor privado, as obrigações e responsabilidades devem estar claramente definidas em lei ou regulamento, ou previstas em contrato, convênio ou ajuste, com ampla publicidade, e ter seu custo e receitas discriminados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

A razão para tal determinação é isolar dados de operações ou atividades atípicas ou especiais que possam alterar a apreciação de resultados, para permitir manter a comparação de outros dados com as mesmas bases das empresas privadas do mesmo setor. Obviamente, a situação ocorre somente em regime de competição, e não nas empresas monopolísticas.

Observa-se que afora a indicação da necessidade de adequação do estatuto social à lei que autoriza a constituição da companhia, todos os demais requisitos de transparência têm como escopo o gerenciamento, que inclui a administração de negócios e as demonstrações de dados, além do relatório de sustentabilidade. Um ponto de transparência mais específico é o da política de distribuição de dividendos.

(vii) a obrigação da empresa pública e sociedade de economia mista divulgarem toda e qualquer forma de remuneração dos administradores (Art. 12, I da Lei 13303/2016).

As normas de transparência e controle tem como ponto de partida o cadastro para identificação das companhias, seguindo-se à elaboração de um Código de Conduta dos agentes e implementação dos sistemas de gestão de riscos e de controle interno. A carta anual e a previsão de divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes, inclusive dados e explicações de demonstrações financeiras e a própria publicação da remuneração dos administradores são outros instrumentos de transparência, sendo que estes últimos já são adotados com base em outros instrumentos legais, notadamente a Lei 6404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Reforça-se, por outro lado, a internet como ambiente para publicar dados de forma permanente e cumulativa. O estabelecimento de limites legais para a publicidade e patrocínio configura-se como instrumento de controle.

3.4.3 Código de Conduta e Integridade, Setor de Controle Interno e Área de compliance

As empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias devem ser criadas por autorização legal e sua função social é a realização de interesse coletivo ou atendimento a imperativo de segurança nacional. Na função social estão embutidos a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores, o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira e práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa.

As estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que a empresa pública e sociedade de economia mista devem adotar consistem na implementação cotidiana de práticas de controle interno para os administradores e empregados, na determinação de área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos e, igualmente, de Auditoria Interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

Dentre os instrumentos dirigidos à organização interna da companhia destaca-se o Código de Conduta e Integridade. Trata-se de obra viva e deve ser permanentemente avaliado e atualizado, com instâncias de aplicação e previsão de sanções pela violação. Para torná-lo parte da cultura da companhia. É necessário treinamento periódico, no mínimo anual, para empregados e administradores e a estes, inclusive sobre a política de gestão de riscos.

O ponto de partida é a indicação dos princípios, valores e missão da companhia. Orientações sobre prevenção de conflito de interesses e os pontos que revelem eventual conflito devem ser objeto de identificação e análise, e podem ser parametrizados. A vedação de atos de corrupção e fraude só pode ser compreendida num contexto de prevenção. Assim, deve ser criado um canal para recebimento de denúncias internas e externas, quer quanto ao descumprimento das regras do próprio Código quer quanto ao descumprimento de outras normas internas de ética e de obrigações.

Outro aspecto importante é o setor de controle interno, que deve ser vinculado ao Conselho de Administração ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário. A este órgão se atribui a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos

processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo das demonstrações financeiras.

A área de *compliance* deve estar prevista no Estatuto. A priori, deveria estar na área administrativa, talvez mais adequadamente próxima da área de controle interno, vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutária. Mas, a própria Lei prevê que se reporte diretamente ao Conselho de Administração quando haja suspeita do envolvimento do diretor-presidente nas irregularidades, ou mesmo quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias.

Uma derivação da área de *compliance* é o comitê estatutário, previsto no art. 10 da Lei 13303/2016, criado para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com atribuição de auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros. As atas do comitê estatutário devem ser divulgadas.

A área de auditoria, é responsável por verificar o cumprimento dos processos, conferindo e validando os documentos e controles existentes. Já a área de *compliance* é responsável por implementar as estratégias de prevenção a corrupção, receber, apurar e investigar denúncias.

Impõe a nova lei que, as empresas públicas e as sociedades de economia mista inclusive as localizadas no exterior, submetem-se ao controle externo e mesmo às de caráter e constitucional transnacional quanto aos atos de gestão e aplicação do capital nacional⁴⁶.

⁴⁶ Apesar do ser prevalente o entendimento de que a Itaipu Binacional se sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União, a questão é objeto de dissensos. Há projeto de lei aprovado pela Comissão de Finanças da Câmara Federal para que a companhia também se submeta à lei de licitações. “*Finanças aprova proposta que sujeita a Itaipu Binacional à Lei de Licitações e ao TCU*”, texto publicado em 13/06/2016, 20h23 no site <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/administracao-publica/510479-financas-aprova-proposta-que-sujeita-a-itaipu-binacional-a-lei-de-licitacoes-e-ao-tcu.html>.

3.4.4 Normas de Transparência e Controle na Área de Licitações e Contratos

O fato de a companhia pública ter patrimônio público, impõe a exigência de licitação, exceto quando a lei indicar a possibilidade de dispensa, e então, permitir contratação direta.

Todos os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços, se sujeitam a prévia licitação, incluindo os de engenharia e de publicidade, de aquisição e locação de bens, de alienação de bens integrantes do patrimônio, e também a execução de obras a serem integradas ao patrimônio, bem como a implementação de ônus real.

O processo de licitação preferencial para aquisição de bens e serviços comuns deve ser o de pregão instituído pela Lei 10.520/2002. Na forma eletrônica, o pregão deve ser realizado exclusivamente em portais de compras de acesso público na internet.

O objetivo declarado para impor às companhias o regime de licitação para contratação é o de selecionar a proposta mais vantajosa e evitar sobrepreço, com observância de princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável e de princípios inerentes à própria licitação, tais quais a vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e julgamento objetivo.

Também está prevista na Lei 13303/2016 uma modalidade de chamamento das empresas interessadas em atender a necessidades previamente identificadas das empresas públicas ou sociedades de economia mista, o que significa que estas informam determinada pretensão e aquelas, interessadas, apresentam propostas e projetos para o empreendimento.

Os contratos formalizados devem ser disponibilizados para conhecimento a qualquer interessado, facultando-se inclusive a obtenção de cópia autenticada de seu inteiro teor ou de qualquer de suas partes. A execução dos contratos também pode ser fiscalizada pela sociedade porque a companhia deve disponibilizar, por meio eletrônico, informação completa mensalmente atualizada sobre execução dos contratos (e do orçamento).

Atentando ao fato de que os capitais envolvidos são públicos, a política de compras é feita por meio de licitação, principalmente na modalidade pregão

para aquisição de bens comuns. Um instrumento para o conhecimento da política da companhia nessa área é a publicação e atualização do regulamento interno de licitações e contratos. A política de transparência impõe publicidade preferencialmente por meio eletrônico dos atos e procedimentos das várias fases de licitação e publicação prévia no Diário Oficial vinculado aos respectivos entes e também na internet dos avisos com resumos dos editais de licitação e contrato. Os contratos formalizados devem ser disponibilizados para conhecimento a qualquer interessado. Impõem-se restrições de participação quando tal situação puder afetar à efetiva concorrência.

A Lei 13.303/16, apelidada Lei das Estatais, trouxe uma série de controles internos com a finalidade de promover maior transparência e integridade nas empresas públicas. Tal qual a Lei Anticorrupção, introduz normas que refletem o protagonismo das empresas enquanto agentes efetivos no combate a corrupção.

A política para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias é a de implementar estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno. Como instrumento dirigido à organização interna da companhia destaca-se o Código de Conduta e Integridade, setor de Auditoria Interna e área de *compliance*, além do Comitê Estatutário (para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e Conselho Fiscal).

O termo *compliance* gradativamente deixa de ser um estrangeirismo e passa ser uma exigência e uma realidade das organizações brasileiras. A importância dada a análise, controle e monitoramento dos riscos tem tanto na Lei Anticorrupção quanto na Lei das Estatais sua importância ressaltada.

4 FUNDAMENTOS PARA UMA ADEQUADA IMPLANTAÇÃO DE COMPLIANCE

A nova ordem mundial e a demanda latente por uma sociedade menos corrupta, minimizaram a dicotomia entre direito público e privado. Com o aumento do protagonismo de empresas no cenário político-econômico mundial cresceu, também, o dever de responsabilidade social. Na realidade, o foco tradicional do combate à corrupção foi o setor público e paulatinamente os olhos passaram a se voltar ao setor privado. Em especial a importância fundamental assumida por elas nos grandes negócios junto ao setor público.

Esta publicização do direito privado impõe às empresas deveres legais cada vez mais intensos, inclusive o dever de observância de princípios constitucionais que genuinamente surgiram para orientar a administração pública.

Uma das grandes inovações da Lei Anticorrupção (12.846/13) e da Lei das Estatais (13.303/16) foi instituir Programas de Integridade ou *compliance*, de maneira a tornar a empresa agente fiscalizador das condutas de seus colaboradores, além de, nos termos da atual legislação anticorrupção, mitigar a responsabilidade objetiva das empresas, tais programas têm papel estratégico na disseminação de uma cultura de transparência e no desenvolvimento de controles internos para redução da corrupção.

Neste capítulo serão abordados conceitos e teorias que destacam a importância da adoção da gestão por valores (GPV) e permitem construir uma cultura organizacional pautada na ética por meio dos programas de *compliance*.

4.1 ÉTICA E VALORES COMO ORIENTAÇÃO PERMANENTE DE EMPRESAS

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (1979, p.49) afirma que “a virtude é o resultado do hábito e da faculdade de escolha”. Apesar de antiga, a máxima permanece atual, sobretudo no mundo corporativo, em que as pressões e restrições são permanentes e decisões precisam ser tomadas o tempo todo.

Arruda et al. (2009, p.60) salientam que “as virtudes são essencialmente bons hábitos que para florescer, devem ser praticados. As organizações têm a responsabilidade de promover, incentivar e encorajar o comportamento ético”.

Adela Cortina (2007, p. 26) na mesma linha, afirma que “as crenças, as convicções e os hábitos éticos são indispensáveis para o bom funcionamento do

mundo empresarial” A ética empresarial foi gestada justamente por auxiliar as atividades empresariais a agirem de maneira boa e justa, levando as empresas a tomarem boas decisões de forma que esse agir se torne um hábito ou costume. Desta forma, com o desenvolvimento de tais hábitos, torna-se mais fácil a atuação segundo os valores éticos de justiça e outros valores relevantes para a sociedade, de modo a fazer com que a ética tenha um maior alcance e eficácia do que o poder coercitivo do Direito.

Por muito tempo, essa resistência em falar de ética empresarial, partiu do próprio empresariado, que defendia que os negócios seriam regidos por regras próprias, de modo que a ética tradicional deveria ser deixada do lado de fora da empresa. Ademais, pregava-se a ideia de que a função da empresa era auferir lucro, sendo que para alcançar tal objetivo qualquer meio deveria ser considerado legítimo (CORTINA, 2005, p. 76).

A justificativa filosófica para a ética empresarial, de uma maneira singela, reside no fato que a atividade empresarial é nada mais que uma atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, constituindo evidentemente uma profissão, e por esta natureza, deve existir um conjunto de normas éticas que a orientem, assim como existem para os advogados, juízes, médicos e outros.

É preciso delimitar os contornos da ética empresarial. Não se espera que a organização consiga ser capaz de ler a alma humana nos seus aspectos mais intrínsecos criando um filtro com condão de captar todas as nuances que compõe a dimensão moral do indivíduo. O que se espera é que tenha controles capazes de detectar desvios de conduta e que não seja condescendente com atos que não reflitam um agir ético.

Note que não se trata de exigir da empresa que conheça seus colaboradores num nível profundo. Até porque, seria uma presunção inalcançável e insensata, já que não se pode esperar isto de nenhuma pessoa ou organização.

O que está no nível subjetivo não diz respeito à empresa. Seu papel é muito mais restrito e factual. Envolve a adoção de códigos de conduta, que registrem e reforcem o que se espera dos indivíduos, principalmente em situações delicadas em que possam sentir-se pressionados ou tenham dúvidas sobre qual seria o posicionamento adequado. Pressupõe a criação de um ambiente interno em que

floresça uma cultura que reforce a necessidade em ser transparente e íntegro, independentemente dos benefícios que se poderia auferir ao agir em sentido contrário.

É preciso que a empresa tenha em sua filosofia e sua cultura que nenhum benefício financeiro será apreciado se não estiver em conformidade com o que se espera em termos de integridade. O agir em conformidade deve ser um hábito incorporado no dia-a-dia empresarial.

Uma cultura empresarial é ética por seus valores, pelas pessoas virtuosas que integram a organização e pelos produtos e serviços oferecidos à sociedade.” Os valores incorporados pelos executivos, gerentes e empregados devem ser vividos dentro das atribuições de cada um, e acabam tornando-se próprios destas pessoas, como sua segunda natureza. O hábito de agir conscientemente, em conformidade com os valores cultura, indica a virtude de cada membro da empresa. (ARRUDA, WHITAKER, RAMOS, 2009, p. 61).

A visão de Adela Cortina é que ética e a responsabilidade social devem ser utilizadas como ferramentas de gestão, incorporando-a ao núcleo duro da empresa, transformando seu caráter interno. Assim, a ética se trata da postura assumida pela empresa no longo prazo.

Como ferramenta de gestão deve formar parte do núcleo duro da empresa, da sua gestão básica, não ser algo mais, não ser uma espécie de esmola adicional, que convive tranquilamente com baixos salários, má qualidade de produtos, empregos precários, exploração e violação dos direitos básicos. A boa reputação se conquista com boas práticas e não com um marketing social que funciona como maquiagem de um rosto pouco apresentável. E convém lembrar que tudo o que deve ser parte do núcleo duro da empresa afeta seu ethos, seu caráter, não é uma aquisição pontual que vale por um tempo, mas sim deve se transformar no caráter interno da empresa. Disso justamente trata boa parte da ética, do caráter que é preciso assumir dia a dia, que dura não apenas um instante, mas sim em médio e longo prazo. A responsabilidade social tem que formar parte indispensável da vida empresarial, porque há de incorporar-se a sua essência, transformando-a internamente. (CORTINA, 2009, p.121)

Para a autora é fundamental que as empresas entendam que internalizar a ética e a cultura, ou “assumir, um *ethos*’ ou caráter específico é mais que um dever, é uma necessidade para as empresas que pretendem sobreviver, de tal maneira que se possa afirmar que “sem ética não há negócio”.

Indubitavelmente, os valores éticos devem sustentar a construção de um sistema de integridade empresarial e orientar todas as ações da companhia, em especial, as ações de combate à corrupção.

Dada importância das empresas na sociedade contemporânea, ao estarem inseridas em organizações que internalizaram uma cultura anticorrupção, espera-se que os colaboradores atuem como propagadores dessa mentalidade, disseminando-a e validando-a em seu círculo familiar e social.

4.2 GESTÃO POR VALORES E CULTURA ORGANIZACIONAL

Se a ética e valores constituem o substrato para impedir a corrupção empresarial, objetivo hoje cada vez mais exigido delas, os instrumentos para construí-los devem se traduzir na implantação de uma cultura organizacional, instrumentalizada numa Gestão por Valores. E para tanto, uma ferramenta essencial é o Código de Conduta.

A criação de regras de conduta é o pilar que norteia os deveres e obrigações. Nas empresas estão traduzidas principalmente por meio de Códigos de Ética (Códigos de Conduta), que são um dos mais importantes instrumentos na inauguração de um programa de *compliance*.

O Código de Ética deve ser um documento vivo que promova a cultura organizacional e encoraje um agir alinhado e ético comprometido com as diversas regulamentações e leis.

Neste sentido, é assertiva as lições feitas pela Controladoria Geral da União, acerca da promoção da integridade nas empresas:

Promover a integridade nas empresas, no entanto, não se resume a combater atos de corrupção que, porventura, venham a acontecer. É preciso sobretudo construir valores de integridade de forma sustentável, o que pressupõe o desenvolvimento de um conjunto de regras e instituições que definam padrões éticos e comportamentais. Os valores éticos devem ser, portanto, um dos pilares da construção de um sistema de integridade empresarial. E não basta estarem presentes em todas as estratégias e atitudes dos funcionários da empresa. Devem também ser repassados aos fornecedores e clientes. (CGU, 2015, p. 24)

Simon L. Dolan e Salvador García (2006), em sua obra, Gestão por Valores, propõem uma ferramenta de gestão em que os valores passam a ser uma

alavanca para a cultura organizacional. Por meio deles é possível harmonizar as crenças de proprietários e colaboradores no sentido de criar uma vantagem competitiva. A seleção de valores chave tem o condão de reformular as relações pessoais, implementar o sentido de responsabilidade nos objetivos organizacionais.

A Gestão por Valores (GPV) encontra-se alicerçada em três pilares fundamentais (DOLAN-GARCÍA, 2006, p. 24):

(i) Valores econômicos-pragmáticos, necessários para manter e unir vários sistemas organizacionais, que incluem aqueles relativos à eficácia, padrões de desempenho e disciplina. Estes valores orientam atividades como planejamento, garantia de qualidade e contabilidade.

(ii) Valores ético-sociais que orientam a forma como as pessoas se comportam em grupo. Emergem de pressupostos acerca de como as pessoas devem agir em público, no trabalho e nas relações. Associam-se a valores sociais como honestidade, congruência, respeito, lealdade. Os valores ético-sociais irão influenciar o comportamento adequado da vivência dos valores pessoais econômico-pragmáticos e dos valores contemplados na dimensão “emocional-desenvolvimento”.

(iii) Valores “emocionais-desenvolvimento” são essenciais para criação de novas oportunidades de ação. Relacionam-se com a confiança, liberdade e felicidade.

A discrepância que emerge entre os valores formalmente declarados e os valores em ação gera falta de compromisso, confusão e absenteísmo psicológico (DOLAN-GARCÍA, 2006, pg. 17). Tal conflito é um fator crítico para a eficácia dos mecanismos de *compliance*. A mera declaração de treinamento realizado ou criação de um Código de Ética não teriam o condão de, por si só, assegurar a efetividade de um programa de integridade, caso este esteja dissociado dos valores concretos praticados no cotidiano empresarial. Quando uma sociedade empresarial não possui opções de valor claramente formuladas, diz-se que é anômica (Allport, 1924 apud Dolan-García). Atualmente, a anomia organizacional é capaz de explicar a falta de vitalidade, coerência e moral coletivas, e da vontade de um esforço que pode ser observado em muitas empresas.

Para se avaliar a eficácia dos mecanismos de *compliance* e a implementação de uma cultura organizacional em que o combate à corrupção, a honestidade e a transparência sejam valores que orientem os objetivos estratégicos da companhia e concretizem o aspecto preventivo da Lei Anticorrupção, não basta que os mesmos estejam abarcados em uma declaração formal guardada em algum arquivo. É necessário que sejam efetivamente vivenciados desde a alta administração

até os mais baixos níveis hierárquicos, sob pena de tornaram-se completamente inócuos.

Se os valores, no contexto da forma de gestão referida são compreendidos como “escolhas estratégicas acerca do que é necessário para a concretização de objetivos” (DOLAN-GARCÍA, p. 35), é importante ter em mente que as crenças, normas e atitudes são elementos que compõem a formação dos valores e conseqüentemente da cultura.

A cultura organizacional deriva do conjunto de ações e regras entronizadas na empresa. Edgar Schein a caracteriza como:

Modelo de pressupostos básicos que um grupo assimilou na medida em que resolveu os seus problemas de adaptação externa e integração interna e que, por ter sido suficientemente eficaz, foi considerado válido e repassado aos demais novos membros como a maneira correta de perceber, pensar, sentir em relação a estes problemas. (SCHEIN, 2009, p.16).

Assim, é possível afirmar que a cultura é “universal e influencia todos os aspectos de como uma organização lida com sua tarefa principal, seus vários ambientes e suas operações internas”. (SCHEIN, 2009, p.14).

Por tratar do resultado de aprendizagem acumulada de um grupo no ambiente corporativo, pode ser vista como a “personalidade” da empresa - a cultura organizacional exerce forte impacto no modo como a questão da integridade é percebida e gerenciada dentro do ambiente empresarial.

A cultura, enquanto fenômeno social não é inteiramente tangível. Divide-se em níveis ou camadas. Os artefatos compõem a camada mais superficial, a parte concreta e visível da cultura organizacional. Materializa-se nos símbolos, vestes e *layouts* adotados por uma empresa. Os valores, por sua vez, são abstratos e estão inseridos em um nível mais profundo, pois dependem de validação social e influenciam e orientam os comportamentos que serão adotados e legitimados. Por fim, os pressupostos básicos, que são a camada nuclear, podem ser conceituados nas palavras de Schein por:

[...] pressupostos que determinam como os membros de um grupo percebem, pensam e sentem. Na medida em que certos valores compartilhados pelo grupo levam a determinados comportamentos e estes se mostram adequados para solucionar problemas, o valor é gradualmente transformado em um pressuposto inconsciente. (SCHEIN, 2009, p. 35)

As crenças são importantes para a compreensão da cultura, pois precedem a formulação dos valores. São “estruturas de pensamento desenvolvidas e profundamente enraizadas ao longo dos anos, através da aprendizagem e experiência que servem para explicar e dar sentido à realidade.” (DOLAN-GARCÍA, 2006, p. 36)

No campo da cultura organizacional, normas são regras de conduta adotadas por consenso e validadas pelo corpo social. Daí a importância de se ter em mente, que as sanções jurídicas, administrativas, especialmente as de cunho pecuniário como a multa, são suficientes para garantir a eficácia da Lei no aspecto punitivo, mas não no preventivo. Na finalidade preventiva faz-se necessária a criação de uma cultura que não tolere nem transija com práticas abrangidas no conceito de corrupção. Para tanto há que se trabalhar para que a norma seja internalizada e legitimada como um aspecto do próprio valor da organização, validada de maneira consensual por todos os integrantes, de tal sorte que aqueles que não possuam tais valores sejam organicamente excluídos pelo corpo social.

Cultura e ética são conceitos que inevitavelmente se sobrepõem quando nos referimos às organizações, pois o trabalho é uma prática social que articula agentes empenhados em uma transformação material e imaterial da natureza e da sociedade. A prática social, segundo Robert Henry Srour é o:

[...] conjunto de atividades planejadas que implicam intervenções na realidade. Pautam-se por normas e inspiram-se em valores, e são por isto mesmo, socialmente controladas. Desenvolvem-se de maneira estruturada ao obedecer a padrões recorrentes; constituem a dinâmica da própria vida social e representam a chave para a reprodução das relações vigentes em dada coletividade. (SROUR, 1998, p. 132)

Desta forma, os controles internos de corrupção devem ser ostensivos e genéricos, abrangendo todo o corpo empresarial. Para lograr tal alcance, ressalta-se o vigiar diuturno e a importância dos programas de *compliance* enquanto propulsores da formação de uma cultura organizacional voltada para a ética empresarial.

Nenhuma coletividade humana funciona sem uma disciplina mínima. “Não basta transformar a natureza para assegurar a convivência coletiva. Exigem-se instrumentos de coesão e de integração, bem como mecanismos de controle e repressão”. (Srour, 1998, p. 133).

A cultura organizacional estaria contida na dimensão simbólica do poder, que consiste em “induzir outrem a fazer o que nos convém ou nos parece correto que

se faça, sem que haja uso da força” (Srous, 1998, p. 136), agindo portanto, no campo da influência ou convencimento.

Para que se possa estabelecer essa cultura, é necessário inculcar ideias, transmitir propósitos, incutir aspirações, inspirar valores, induzir opiniões, aliciar, instigar, insuflar e incitar outros a realizar determinadas ações de forma consentida.

Como bem pontua Srou, influência se opõe a mando:

Enquanto o mando, em última instância, opera com meios físicos para obter apoio e obediência, e acena sempre com o espantinho da imposição, a influência opera com meios cognitivos para obter adesões e conformidade, e corresponde a persuasão e o convencimento. (SROUR, 1998, p. 138).

Há que se antever, contudo, que a formação de uma cultura normalizadora capaz de manter estáveis as forças que compõem o poder, não é tarefa fácil.

Toda mudança cultural é um processo lento e psicologicamente doloroso, uma vez que gera ansiedade e enfrenta resistência, pois mexe em estruturas profundas como os valores. Assim, a punição de empresas corruptas e as pressões sociais que emergem diante do desmantelamento de algum escândalo, fortalecem a percepção de que urge repensar os pressupostos básicos, propulsionando mudanças internas.

SCHEIN (2011, p. 30) aponta que as chaves para uma mudança cultural bem sucedida são: “(1) o gerenciamento do grande volume de ansiedade que acompanha qualquer reaprendizagem neste nível e (2) a avaliação de se o potencial genético para a nova aprendizagem está presente”. Para Dolan-García (2006, p. 37) “as atitudes refletem como nos sentimos perante alguém ou alguma coisa e predizem a nossa tendência para agir de uma certa forma”.

A formação dos valores em uma empresa é deveras complexa, ocorre a partir da decisão efetiva dos fundadores, dos gestores, dos colaboradores, consultores. E os parâmetros para tanto estão no próprio convívio social, na tradição cultural de cada sociedade e, inclusive, na legislação vigente.

Esse conjunto de fatores agrupa-se formando uma mentalidade coletiva, que pode ser metaforicamente vinculada a formação da “personalidade da empresa”, ou de sua cultura. Neste contexto, enfatize-se que os programas de *compliance*, ao serem internalizados no cotidiano empresarial interferem diretamente na forma com que a cultura, o poder, e em última instância a ética são exercidas nas organizações.

Acerca da importância do hábito e da cultura na formação de uma ética empresarial, reforça o professor Newton de Lucca:

A formação do hábito é de suprema importância no desenvolvimento do comportamento ético, sendo relevante a prática reiterada de condutas éticas para que os padrões morais dentro de uma companhia possam, efetivamente ser implementados. Afinal de contas, tal como ocorre com as pessoas, no início de suas vidas, são os pais e os professores que imprimem em seu caráter o comportamento ético. Mas os administradores das organizações poderão exercer, posteriormente, também esse importantíssimo papel, cultivando tais valores morais no âmbito da empresa. (DE LUCCA, 2009, p. 315).

Destacada a importância do poder disciplinar e da cultura organizacional no combate a corrupção, propõe-se neste estudo a seguir, metodologias de análise de risco com a finalidade de monitorar e mensurar o combate à corrupção.

4.3 ANÁLISE DE RISCOS E CRIAÇÃO DE UM PROGRAMA DE *COMPLIANCE*

O risco empresarial tem sido tradicionalmente entendido como risco econômico, referindo-se às possibilidades de competir com êxito no mercado, conceder crédito a devedores solventes, à própria capacidade de endividamento calculada sobre as previsões de ganhos futuros. Esta noção econômica do risco do negócio não desapareceu, mas a ela agrega-se, atualmente, o risco de responsabilidades jurídicas que podem ter consequências tanto ou mais marcantes que o risco econômico. (Bagialupo, 2011, p. 22).

Em pesquisa feita com 1.418 companhias globais,⁴⁷ em que estas avaliaram seus maiores riscos, constaram entre os 10 mais preocupantes aqueles provenientes de mudanças regulatórias e legislativas e os riscos de danos à reputação. Na América Latina, estes itens assumiram o pódio dos riscos, figurando a frente de preocupações com desaceleração econômica e acirramento da concorrência.

Isso revela que a reputação das empresas é um ativo valioso e que elas precisam estar preparadas para adequar-se às mudanças apontadas pelo mercado e pelas legislações.

⁴⁷ Os 10 maiores riscos para as empresas, segundo elas mesmas. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/os-10-maiores-riscos-para-as-empresas-segundo-elas-mesmas>. Acesso em 15/07/2016.

Uma premissa clássica da administração empresarial é a de que aquilo que não pode ser mensurado não pode ser gerido. Portanto, avaliar a eficiência de um programa de integridade é essencial para aprimorar e garantir que esse programa atenda aos fins à que se propõe.

Em face do desafio do controle da corrupção para fins de reduzir as sanções administrativas e judiciais, é importante que os paradigmas legais sejam considerados para a construção de programas de integridade. E para esta pesquisa tais referências são as indicadas pela Lei 12846/13 e a Lei 13303/2016. Considerar tais diretrizes significa assumir protagonismo no combate à corrupção e tornou-se não mais uma liberalidade e, sim, necessidade para participar de negócios, especialmente, os públicos.

Conforme descrito no Guia de Avaliação de Risco do Pacto Global da ONU (2013, p.08): “A avaliação e a mitigação efetivas do risco de corrupção de uma empresa tem sido elemento de vários acordos recentes com agências regulatórias”. Isto é destacado no Guia de Boas Práticas de Controles Internos, Ética e Conformidade da OCDE. É também um elemento crítico da Convenção Contra Corrupção da ONU, constituindo também o 10º princípio da iniciativa do Pacto Global da ONU.

A criação de um programa robusto e eficiente de *compliance* passa, necessariamente, pela análise dos riscos envolvidos na atividade a ser desempenhada pela empresa. A análise de risco de corrupção é um procedimento baseado na verificação dos pontos críticos que possam apresentar não conformidade com as normas existentes no ordenamento jurídico e que ameaçam a atividade empresarial. “Permite que as empresas identifiquem os riscos que podem afetar seu desempenho e reputação” (Pacto Global, 2013, p. 8).

Conforme se viu no decorrer da pesquisa, no plano normativo interno, as Leis referidas⁴⁸ e o Decreto 8420/2015⁴⁹, reforçaram a importância da devida avaliação de riscos para garantia da integridade e transparência empresarial.

⁴⁸ Art. 41. 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.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4o do art. 5o, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

⁴⁹ 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 abrangem: I - ação dos administradores e empregados, por

O documento elaborado pela Controladoria Geral da União (CGU), de caráter orientativo “Diretrizes para as Empresas Privadas”, destaca as finalidades de um Programa de Integridade: “é um programa de *compliance* específico para prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos previstos na lei 12846/2013, que tem como foco, além da ocorrência de suborno, também fraudes nos processos de licitações e execução de contratos com o setor público”. (CGU, 2015, p. 06).

A despeito dos esforços legislativos da Lei 12846/2013 e o Decreto 8420/2015 que a regulamentou, e até mesmo da Lei 13303/2016, não indicam o formato de um Programa de Integridade para que se alcance a efetividade preventiva e transformadora esperada. No entanto, as cartilhas elaboradas pela Controladoria Geral da União e pelos membros do Pacto Global dão suporte às empresas neste aspecto, trazem um direcionamento das melhores práticas de mercado e reforçam o que é esperado pelos órgãos públicos de controle.

4.3.1 Requisitos para a Análise de Riscos

A avaliação dos riscos, oportunidades e impactos envolvidos nas áreas em que os compromissos foram assumidos, deverá ser feita por meio da definição de metas, estratégias e políticas, de modo que possam ser implementadas, mensuradas, geridas e viabilizar controle para viabilizar a melhoria contínua dos processos.

A estratégia que se entende adequada para conter desvios de condutas graves é a mudança de cultura, a competência de gestão e a consistência de marcos reguladores, associados à transparência dos processos.

Um programa de *compliance* robusto, de acordo com as Diretrizes da Controladoria Geral da União, deve ser adaptado e personalizado e levar em conta: a realidade da empresa; o nível de segurança das informações; o nível de autonomia dos funcionários; o grau de controle efetivamente praticado sobre os atos dos funcionários em diferentes níveis hierárquicos; a tolerância com o não seguimento das normas internas praticadas na organização, garantia do constante aprimoramento e adaptação. (CGU, 2015, p.9)

meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;
III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

O Decreto que regulamentou os programas de *compliance* (8420/2015) traz critérios a serem considerados pelas autoridades administrativas, destacando a importância do comprometimento da alta direção, a criação de padrões de conduta, de código de ética, políticas de integridade, treinamentos periódicos, canais de denúncia e diligências contábeis e pré-contratuais, bem como relatórios e controles internos.

De acordo com a cartilha da CGU⁵⁰ o primeiro passo para criação de um programa de *compliance* é obtenção do apoio da alta direção. Depois é necessário determinar uma instância responsável pelas iniciativas de *compliance*. Na sequência deve se fazer a análise de riscos e perfil, determinando regras e instrumentos com um monitoramento contínuo.

No material desenvolvido pelo Pacto Global⁵¹, a análise de risco é fundamental e é o primeiro passo para inaugurar um programa robusto de *compliance*. Também conhecida como “*risk assessment*”, e esta etapa leva em conta as circunstâncias individuais da companhia e pontualmente os riscos prováveis relacionados às atividades que a mesma desenvolve.

A análise de risco está prescrita no artigo 41, inciso V do Decreto 8430/2015 e no artigo 6º da Lei 13303/2016 que impõe às empresas públicas regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno.

É importante considerar os rankings internacionais de percepção da corrupção promovidos pela Transparência Internacional⁵² que dão indícios das localizações geográficas e devem ser considerados, uma vez que afetarão diretamente o nível de esforço a ser desempenhado pela empresa e o valor a ser investido num programa de *compliance*, considerando a “maior demanda corruptiva”.

Além deste fator territorial, há setores que se encontram particularmente mais expostos à corrupção, em face da exigência de “pagamentos de facilitação” (propina) ou da necessidade contínua de contato com autoridades

⁵⁰ CGU. Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas>. Acesso em 16 de julho de 2016

⁵¹ Pacto Global. Guia de Avaliação de Riscos de Corrupção. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BzeogYNFvEqyZkZJTXNpVXNscWc/view>. Acesso em 16 de julho de 2016.

⁵² Transparency International. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2015>. Acesso em 16 de julho 2016

públicas. Aponta-se, também, cuidados diante do volume de contratos com intermediários ou terceirizados pois podem aumentar o risco de exposição da empresa à corrupção. Todas essas variáveis compõe a análise de risco.

Considerando-se que os recursos são escassos e que as empresas devem geri-los da melhor maneira possível para que se mantenham competitivas, a análise dos riscos de corrupção tem por escopo auxiliar os gestores a ter elementos de convicção para realizar investimentos em programas de prevenção mais efetivos.

4.3.2 Entendendo os Riscos de Corrupção

A tolerância à corrupção tem diminuído gradativamente, tanto por meio das novas legislações (institucional), quanto decorrente da ampliação do debate público sobre o tema (cultural)⁵³. Neste contexto, importa apresentar metodologias de análise de risco e adoção de parâmetros de maneira a propor uma ferramenta de controle capaz de mensurar a eficácia dos programas de compliance e, assim, possibilitar a mitigação da responsabilidade objetiva. Neste contexto defende-se a metodologia de análise de risco parametrizada para gestão de riscos e controle interno.

De acordo com Silva e Silva (2010, p. 17) risco é uma ameaça real ou potencial que poderá vir a concretizar-se e causar perdas para a empresa ou organização em questão. Ocorre quando uma ameaça encontra uma vulnerabilidade ou um conjunto de vulnerabilidades nos sistemas de proteção e se concretiza. Ainda de acordo com os autores, o conceito de risco não deve ser confundido com o de ameaça e vulnerabilidade. Enquanto a ameaça está intimamente ligada ao vetor que a conduz, o risco está ligado a sua concretização, isto é, a ameaça precede o risco. A vulnerabilidade, por sua vez, é uma deficiência nos processos, nos sistemas, ou nos recursos humanos empregados que permite a concretização dos riscos a que a organização está exposta.

⁵³ Neste sentido Daniele Denny e Antônio Fernando Pinheiro Pedro, afirmam em artigo intitulado “Corrupção custa caro e impede o desenvolvimento sustentável” na Revista Ambiente Legal, Justiça e Política que: “No Brasil, a Lei da Ficha Limpa, a Lei de Acesso à Informação Pública e os julgamentos como o do Mensalão apontam que a tolerância da sociedade tem diminuído. Há dez anos, a propina e os demais atos relacionados à corrupção eram práticas rotineiras do ambiente empresarial e dos órgãos públicos. Hoje, ainda são comuns, mas há a pecha da ilegalidade, o risco de haver processo, de o favorecido ser responsabilizado.”. Disponível em: <http://www.ambientelegal.com.br/corruptao-custa-caroe-impede-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em 20 de novembro de 2016.

Alencar e Schmitz (2005, p. 19) definem fator de risco como sendo “qualquer evento que possa prejudicar, total ou parcialmente, as chances de sucesso do projeto”. Já o risco seria a probabilidade de que um fator de risco venha a assumir um valor que possa prejudicar total ou parcialmente as chances de sucesso de um projeto.

Para manutenção da atividade empresarial as empresas devem superar as ameaças e riscos inerentes ao negócio, de maneira a assegurar sua competitividade e sustentabilidade. Ao tratar a corrupção como um fator de risco, é possível apropriar-se das lições da estatística e gestão de risco de maneira a minimizar a exposição da empresa a condutas ilegais ou não conformes que possam comprometer a sua continuidade e êxito.

4.3.3 Aplicação e Adaptação da Metodologia de Análise de Risco Parametrizada

Dentre os métodos existentes para análise de risco, o uso de ferramentas estatísticas é o mais preciso e indicado quando se possui uma base de dados confiáveis. Porém, quando não há um espaço amostral ou base de dados com a devida confiabilidade, é possível a parametrização dos referidos riscos por meio de processos subjetivos. (SILVA e SILVA, 2010, p. 54)

Tal metodologia baseia-se num processo de integração de conhecimentos de segmentos específicos por meio de listas *standards* de parâmetros que servem de base para avaliar os diversos sistemas, o grau de treinamento e adequabilidade dos recursos humanos envolvidos e a efetividade do processo empregado.

Conforme ensinam Nelson Ricardo Fernandes da Silva e Felipe Gonçalves Silva trata-se de uma metodologia própria, baseada em listas de parâmetros de característica universal e modular.

A referida metodologia foi desenvolvida por grupo de estudo que iniciou seu trabalho na FIA/USP, passando pelo NAIPPE/USP e tendo seu emprego prático na antiga GV Consult, o que é conhecido hoje como GV Projetos – Núcleo da Fundação Getúlio Vargas. (Silva e Silva, 2010, p.13).

A análise de risco parametrizada diferencia-se por mesclar métodos quantitativos e qualitativos, sendo uma metodologia robusta, que leva em conta

variáveis desprezadas pelos demais modelos por meio de análise matemática. Permite estabelecer uma clara realização de causa e efeito entre o nível de vulnerabilidade dos sistemas de proteção e a probabilidade de concretização de determinados riscos, além de ser facilmente aplicada e monitorada.

A ideia da aplicação da metodologia de análise de risco parametrizada, para a gestão de riscos de corrupção é equilibrar os riscos, medidos por meio de uma matriz de riscos, com as vulnerabilidades, medidas por meio de um *heat map*. Este gráfico divide as vulnerabilidades em faixas de cores de acordo com a intensidade. É importante que tanto os riscos quanto as vulnerabilidades, sejam pensados como dois pêndulos em uma balança. Se em um pêndulo temos riscos mais críticos, e, portanto, mais pesados, do outro lado deve haver ferramentas de controles mais consistentes e robustas para diminuir a vulnerabilidade. Assim a balança tenderá ao equilíbrio.

A partir dos estudos de Silva e Silva (2010, p.23) é importante pontuar que os riscos podem ser oriundos de diversos fatores, classificados em técnicos, incontroláveis e humanos.

Riscos técnicos são oriundos da falha de equipamentos. Naturalmente, esse risco é maior em plantas industriais do que em empresas comerciais.

Riscos incontroláveis têm origem nas forças da natureza. Embora possam ser monitorados, não podem ser detidos. Essa modalidade de risco, tem uma variação de potencialidade em decorrência da localização. Ademais, embora referidos como incontroláveis, os efeitos dos mesmos podem ser prevenidos e até mesmo evitados.

Riscos humanos são aqueles provenientes da ação direta das pessoas. Podem ser, tanto internos ao ambiente empresarial, como é o caso de funcionários, visitantes e prestadores de serviço, ou externos, como os decorrentes dos funcionários públicos que interagem com a empresa.

Os riscos de corrupção são exclusivamente riscos humanos e dada tal natureza, dificilmente haverá mecanismo de proteção ou prevenção capaz de elidir ou afastar plenamente as vulnerabilidades existentes. Entretanto, não significa que tais riscos não possam ser reduzidos significativamente, quando houver um cenário de *compliance* que contribua para a formação de uma cultura organizacional transparente e de controles suficientes para desencorajar uma ação indesejada.

Diante de condutas de corrupção empresarial nos termos deste estudo, a responsabilidade da empresa será objetiva. Desta forma, o gerenciamento dos riscos de corrupção por meio de programas de *compliance* será mandatório para a sustentabilidade dos negócios.

A análise de risco parametrizada consiste, basicamente, em adotar parâmetros para a classificação dos riscos, de maneira a gerar indicadores de performance. Por meio um modelo qualitativo baseado em tabelas de referência e de auditorias feitas em campo, busca-se mensurar as falhas e lacunas nos sistemas de proteção existentes ou inexistentes na empresa.

O objetivo é a formulação de uma matriz de riscos, para auxiliar de maneira visual o gestor a tomar decisões estratégicas. Por meio dela, quantifica-se o impacto e a estimativa de probabilidade de cada risco concretizar-se. A análise dos índices de vulnerabilidade, que avaliam a eficácia e capacidade dos mecanismos de proteção em face da severidade e frequência, fornece uma visão clara de onde estão as lacunas em termos de *compliance*, e como tais falhas (*gaps*) poderão ser trabalhadas.

Para este trabalho, adaptou-se a metodologia com o propósito de sugerir como poder-se-ia fazer a aplicação no ambiente empresarial. Algumas etapas foram suprimidas e adaptadas da metodologia original visando a aplicação para riscos específicos de *compliance*.

Todos os exemplos e valores utilizados neste trabalho são hipotéticos, ilustrativos e sugestivos para fins de entendimento da metodologia. É mister esclarecer que cada empresa tem suas peculiaridades e pode e deve adaptar os critérios que façam mais sentido para a realidade do negócio.

Quando os referenciais históricos ou quantitativos não fizerem sentido para o negócio a que se pretende aplicar, os pesos e critérios de cada item devem ser ponderados e deliberados pelas áreas envolvidas no risco, de maneira que os critérios sejam ajustados e adaptados à realidade da empresa em questão.

Para o desenvolvimento dos parâmetros de *compliance* usou-se como base teórica literatura estrangeira⁵⁴ e nacional⁵⁵ com detalhamento das melhores

⁵⁴ Dentre as obras bibliográficas que inspiraram a construção de parâmetros menciona-se a obra de Thomas Fox: “Best Practices Under FCPA and Bribery Act. How to create a First Class Compliance Program” e também a obra “Achieving 100% Compliance of Policies and Procedures” de Stephen B. Page.

⁵⁵ Menciona-se ainda a obra de Marcos Assi, Gestão de Compliance e seus Desafios. Editora Saint-Paul.

práticas de compliance. Para tanto foram considerados manuais de governança corporativa, guias orientativos da FCPA⁵⁶ (*FCPA Compliance Guidelines*), Guia Para Adequação dos Procedimentos de Compliance do UK Bribery Act⁵⁷, Cartilhas disponibilizadas pelo Pacto Global e pela CGU (Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas) e, ainda, o Decreto 8.420/16.

Conforme Silva e Silva (2010, p.29), com adaptação a metodologia original, o processo de gestão de risco e análise parametrizada adaptada para riscos de corrupção pode ser feito mediante as seguintes etapas: (i) análise de cenário; (ii) riscos críticos e riscos estratégicos; (iii) quantificação do impacto; (iv) estimativa de probabilidade; (v) análise das vulnerabilidades e ferramentas existentes de mitigação de riscos; (vi) elaboração da matriz de riscos; (vii) elaboração de um Plano de Implantação do Projeto.⁵⁸

(i) Análise de Cenário

A análise de cenário é o primeiro passo e fornece um panorama do contexto em que a empresa está inserida. Cenário é o ambiente externo em que a empresa negocia. Trata-se de uma macro análise em que alguns pontos devem ser observados: a percepção da corrupção nos setores do mercado em que a organização atua no Brasil e no exterior; a estrutura organizacional, hierarquia interna, processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; quantitativo de funcionários e demais colaboradores; nível de interação com a administração pública, considerando-se principalmente a relevância de processos de obtenção de autorizações, licenças e permissões, os valores de contratos celebrados com entidades e órgãos públicos, a frequência e a relevância da utilização de terceiros nas interações com o setor público; participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou

⁵⁶ FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal_fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf. Adequate Procedures Guidance. Acesso em 16 de dezembro de 2016

⁵⁷ Adequate Procedures Guidance. Disponível em: <https://www.transparency.org.uk/publications/adequate-procedures-guidance-to-the-uk-bribery-act-2010/> Acesso em 16 de dezembro de 2016

⁵⁸ Para uma abordagem mais detalhada da metodologia de análise de risco parametrizada sugere-se a leitura da obra “Análise de Risco Parametrizada: Manual Prático de Planejamento e Gestão de Riscos Estratégicos” de Felipe Gonçalves Silva e Nelson Ricardo Fernandes.

consoada; existência de políticas bem estruturadas determinando as condutas a serem seguidas ao efetuar pagamentos.

Observe-se que os pontos indicados não requerem exatamente uma quantificação, mas sim uma avaliação que é predominantemente qualitativa. Em outras palavras, propõe-se que sejam considerados para formar um desenho multiforme. Por definição, num cenário cabem vários componentes que invariavelmente são compreendidos em seu conjunto. É certo que este cenário se torna mais propício à corrupção quando houver um segmento de mercado relevante para os negócios da empresa que seja notadamente suscetível à corrupção.

A análise de risco está intimamente ligada com a compreensão e entendimento do negócio. Nesta etapa, o conhecimento da missão, visão e valores da empresa também são importantes para que se vislumbre o que é percebido como valor por todos os *stakeholders* da organização. Se os valores da empresa que complementam a missão e visão não forem contrários à corrupção, o cenário torna a empresa mais suscetível à tentação de práticas de corrupção.

Ao promover a análise do cenário, é possível identificar os riscos estratégicos que afetam os fatores críticos de sucesso da empresa. Estes são capazes de interferir diretamente no grau de exposição à corrupção. Conforme se poderá ver quando da construção da matriz de risco, quanto maior for o índice de exposição da empresa a fatores de risco críticos e estratégicos, mais mecanismos de proteção serão necessários para minimizar a vulnerabilidade e, assim, a sujeição às sanções administrativas e judiciais, notadamente a multa de até 20% do faturamento que pode ser imposta conforme a Lei Anticorrupção.

(ii) Riscos Críticos e Estratégicos

Riscos críticos e estratégicos são aqueles capazes de impactar as atividades essenciais à continuidade dos negócios ou de afetar pilares determinantes para o sucesso da empresa.

Do conhecimento de missão, visão e valores da empresa avaliada na análise de cenário, concluir-se-á, que existem alguns atributos que são responsáveis pelo desempenho positivo da empresa. O sucesso de um negócio deriva de um acúmulo de fatores e comportamentos internos e externos. Porém, ao conhecer o núcleo duro da empresa, podem ser elencadas, aquelas características que

sobressaem às demais e tem mais importância para a manutenção da atividade empresarial.

Podem ser atributos diversos, entre eles, o conhecimento técnico dos funcionários, a reputação, a malha logística com que distribui seus produtos, a rapidez e agilidade, a qualidade do produto, entre infindáveis possibilidades.

Tome-se que a empresa “DO BEM S.A”, empresa brasileira do ramo de cosméticos é conhecida por ser uma empresa sustentável e íntegra. Tem uma excelente imagem corporativa e sua reputação é motivo de orgulho para seus acionistas e *stakeholders*. Em uma pesquisa, apurou-se que o grande diferencial da “DO BEM S.A” e razão de ser preferida pelos consumidores é, justamente, o fato de levar a sério os pilares da responsabilidade corporativa, inclusive o combate à corrupção. A imagem institucional ou “reputação” da “DO BEM S.A” é um fator crítico de sucesso. Como o risco de corrupção impacta diretamente e gravemente este fator, a empresa deverá canalizar investimentos e adotar mecanismos de proteção e *compliance* que reduzam significativamente tais riscos.

Em outra situação tem-se a empreiteira BRCONSTRUCT LTDA., que tem grande parte de seu faturamento decorrente de contratos com o Poder Público e depende de financiamentos de bancos públicos para realizar suas obras. Ao ser condenada administrativamente nos termos da Lei Anticorrupção ficando impedida de fazer empréstimos e contratar com o Poder Público, poderá ter seu negócio completamente arruinado, pois a manutenção do relacionamento com o governo é estratégica e afeta diretamente o “core business” ou seja, as atividades principais da empresa.

Esta análise dos fatores críticos de sucesso e dos riscos estratégicos da empresa irá orientar a definição dos objetivos e o planejamento para elaborar um programa de *compliance*.

Conhecer os fatores críticos de sucesso da empresa, é importante para entender quais riscos ameaçam aquilo que efetivamente a diferencia e impacta no seu sucesso. Embora os riscos críticos e estratégicos não sejam necessariamente sinônimos, para a análise voltada a riscos de corrupção, entendeu-se que, via de regra, aqueles que afetam os fatores críticos de sucesso são riscos com importância estratégica para organização, e, portanto, riscos estratégicos.

Silva e Silva (2010, p.53) referem que:

Fazendo-se esta Lista de Riscos Críticos de forma adequada, é possível focar energias e recursos na mitigação dos principais riscos e evitar dispersar-se em riscos secundários. Cabe lembrar que todo gestor de riscos tem uma capacidade limitada de recursos para monitorar, controlar e mitigar riscos.(SILVA E SILVA, 2010, p. 53)

Os riscos provêm de condutas que correspondem, basicamente, a infrações previstas em normas que compõem o já citado microsistema brasileiro anticorrupção. Essas infrações são de caráter administrativo ou mesmo de caráter penal. Considerando que os riscos de corrupção são sempre riscos humanos, este pode vir a se concretizar por meio de funcionários, sócios, terceiros, funcionários públicos, consultores externos entre outros. Ter exata ciência da origem e do agente de risco ajuda a direcionar os esforços de prevenção.

O fundamento legal do risco, é a lei que identifica as condutas que configuram situações de risco para as empresas. Especificamente, os riscos relacionados na tabela abaixo constituem infrações à Lei 12.846/2013, ao Código Penal e suas alterações e à Lei 12.529/2011.

Tabela 1:Riscos Críticos e estratégicos de Corrupção. X Risco

	Origem do risco	Agente do risco	Fundamento legal
Prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.	Relacionamento com agente público	Funcionários, sócios, diretores, consultores ou terceiros	Art. 5º Lei 12846/13
Utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados	Relacionamento com agente público por meio terceiros.	Terceiros contratados.	Art. 5º Lei 12846/13
Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público	Participação em licitações	Colaboradores e concorrentes do segmento.	Art. 5º Lei 12846/13
Concussão	Relação com órgão público	Funcionário Público	Art. 314 Código Penal
Corrupção Passiva	Relação com órgão público	Funcionário Público	Art. 317 Código Penal
CorrupçãoAtiva	Relação com órgão público	Colaboradores/consultores	Art. 333 Código Penal

Tráfico de Influência	Relação com órgão público	Colaboradores/consultores	Art. 332 Código Penal
Formação de cartel	Relação com concorrentes	Colaboradores/concorrentes	Art. 36 Lei 12.529/2011
Práticas anticoncorrenciais (Abuso na posição de dominância)	Relação com concorrentes	Colaboradores/concorrentes	Lei 12.529/2011
Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário	Relação com funcionário público	Colaborador	Art. 321 Código Penal
Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional (Incluído pela Lei	Relação com funcionário público estrangeiro	Despachantes, Consultores Funcionários de Comercio Exterior	Art. 337- Código Penal
Descumprimento das exigências e requisitos da Lei 13.303/16	Empresas Estatais	Funcionários e ocupantes de cargos que não preenchem os requisitos estabelecidos por Lei	Lei 13.303/2016

Fonte: a Própria autora, 2016

Nesta tabela, pretendeu-se focar apenas nas condutas que podem ser diretamente categorizadas como corrupção. Ressalta-se que o rol é meramente exemplificativo. A rigor, a tabela se dirige predominantemente a observar os riscos a partir do ângulo da empresa, mas, a origem pode estar fora dela ou ser compartilhado pelos prepostos da empresa e por terceiros.

A promessa de vantagem pode originar-se no relacionamento profissional e o agente de risco é o funcionário ou preposto da empresa e tem como fundamento a Lei 12846/2013.

A corrupção passiva que também se origina no relacionamento com o órgão público, tem, entretanto como agente de risco o funcionário público que solicita

propina. Significa que o agente é exterior à empresa, e seu fundamento é o Código Penal.

A formação de cartel tem como origem as relações com os concorrentes e, assim, tem como agente de risco os colaboradores e os concorrentes, e seu fundamento é a Lei 12.259/2011 (e também a Lei 8.137/90).

Em uma análise mais abrangente incluir-se-iam, também, qualquer item que gere desconformidade legal. Entre elas o descumprimento de normas reguladoras operacionais, ambientais, referentes a licenças e outras exigências legais e interações com as agências reguladoras específicas do negócio.

Importante ressaltar que o levantamento dos riscos críticos e estratégicos deverá ser executado de maneira integrada com os vários departamentos, de maneira a identificar a origem do risco e os agentes de risco.

O levantamento dos riscos críticos e estratégicos tem por escopo determinar aqueles que deverão ser prioritários. Assim a empresa aloca maiores esforços para o seu combate, pois caso se concretizem irão comprometer ativos e estratégias essenciais.

(iii) Quantificação do impacto (QI)

Risco sempre está ligado ao impacto sofrido pela organização com a perda (severidade) e ao grau de incerteza deste evento que pode causar a perda (probabilidade). São estes dois vetores que irão compor os eixos da matriz de risco que será utilizada pelo administrador para visualizar e gerir os riscos.

A análise de riscos geralmente é obtida da compilação de dados e planilhas e, portanto, concentra inúmeros valores e registros documentados. Isto pode acabar sendo pouco eficiente na hora de comunicar os resultados obtidos à alta administração. A matriz de risco permite a exposição dos resultados alcançados por meio das equações para *quantificação do impacto e estimativa da probabilidade*, muito mais visuais e inteligíveis para quem não é especialista no assunto.

A diferença da quantificação do impacto (QI) na análise de risco parametrizada para outras metodologias, é que na análise parametrizada a quantificação do impacto é calculada com base em diversas variáveis que podem afetar o resultado. Isto permite que o valor estimado do impacto seja mais preciso e acurado em comparação as demais metodologias.

Desta forma, o impacto será medido por meio de uma *média aritmética ponderada* que considera os danos causados pela concretização do risco em face das seguintes variáveis: Função (F), Substituição (S), Imagem (I), Extensão (E), Perda (P) e Legislação (L) (SILVA e SILVA, p. 58).⁵⁹

Tais variáveis podem ser mensuradas pelo método quantitativo, qualitativo e o híbrido. Este combina os dois métodos, conforme o que for mais apropriado para cada variável. A decisão por cada uma das possibilidades vincula-se à natureza do risco. O método quantitativo é usualmente adotado quando se verifica a presença de uma robusta base de dados e históricos, que justifiquem a aplicação de ferramentas estatísticas na sua aplicação.

Para os riscos de corrupção, em decorrência de se tratar de prática ilegal, dificilmente existirá uma robusta base de dados e históricos dentro da empresa, o que sugere que o método mais apropriado é o qualitativo. Este método levará em consideração a opinião de especialistas e entendedores do negócio de modo a atingir uma estimativa pautada em uma escala que varia de 1 a 5. Sendo que 5 é uma severidade altíssima e 1 uma severidade baixíssima.

A quantificação do impacto (QI) resulta da soma dos valores de referência apurados para cada uma das variáveis. Esses valores de referência são obtidos a partir de uma análise qualitativa específica para cada uma delas.

A variável *Função (F)* corresponde àquele risco específico que pode afetar a continuidade dos negócios diários e as atividades principais da empresa, impedindo-a de exercer sua missão, visão e valores.

Dentre as variáveis que compõe a quantificação do impacto, a *Função (F)* projeta a extensão das consequências negativas que podem afetar as atividades principais da empresa.

Exemplifique-se que uma empresa que faz coleta seletiva do lixo num determinado município, é responsabilizada por ter pago propina ao prefeito, e a sanção judicial tenha sido, nos termos do artigo 19 inciso II da Lei Anticorrupção, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades. Sem dúvida essa penalidade

⁵⁹ De acordo com os autores: “Nossa experiência, no emprego desta metodologia, aponta que os fatores supracitados são adequados em 95% dos casos para a avaliação de riscos operacionais. Nesta fase definiremos os fatores que influenciam na definição e quantificação do grau de impacto, para tal usaremos como base alguns fatores definidos por Mosler, por outros autores e pelo próprio autor, aos quais atribuiremos pesos e procederemos a sua média aritmética a fim de chegarmos a um valor de referência.”

impacta em grau máximo as atividades principais da empresa, que não poderá exercer a sua atividade básica. Neste caso, para a variável *função*, em uma escala de 1 a 5, tal condenação seria mensurada em 5, pois representa uma sanção de altíssima severidade neste tipo de negócio.

Segue-se para imaginar que esta empresa possua contratos com mais de 160 municípios no Brasil mas a punição foi apenas naquele determinado município onde foi apurada a infração. Neste caso, no quesito *função* o impacto seria baixo, perfazendo o grau 2 numa escala de 1 a 5.

A análise qualitativa vai sempre variar de acordo com a maneira que o negócio está estruturado. Quanto mais pulverizados estão os riscos, mais difícil é exercer controle sobre eles. Porém, o impacto na manutenção ou continuação da atividade também será menor.

Este fenômeno fica bem claro diante de um risco operacional. Uma empresa que possui diversas unidades que fabricam seu principal produto terá a atividade menos impactada no caso de um incêndio do que uma empresa que possui uma única fábrica, pois caso uma delas seja incendiada, é possível assegurar que o produto continue sempre produzido nas outras unidades.

Especificamente no que tange a variável *função*, esta relação de causa e efeito é bem mais presente para os riscos operacionais do que para os riscos de corrupção. Por exemplo, o impacto do risco em um incêndio numa fábrica de medicamentos tornar inviável a continuidade do negócio, é muito mais fácil de prever do que o impacto na manutenção dos negócios em razão de um diretor ter pago propina para Agência Nacional de Vigilância e Saúde (ANVISA) de modo a obter um registro de algum medicamento produzido.

O fator *substituição (S)* é analisado considerando proporcionalmente a capacidade ordinária de a empresa repor determinado produto, bem ou mão de obra que porventura seja prejudicado por uma ameaça.

No que concerne aos riscos cujas sanções possam implicar a suspensão ou interdição parcial das atividades, por exemplo, deverá ser levado em consideração o tempo estimado e a dificuldade em retomar as atividades.

Algumas atividades dependem em grau elevadíssimo do capital humano. Para os riscos que não são passíveis de suspensão das atividades deverá ser aferido o grau de dificuldade em *substituir o capital humano* envolvido na concretização do risco. Isto porque os colaboradores mais expostos aos riscos são

usualmente aqueles que detêm papel estratégico, com grande conhecimento e autonomia dentro das organizações, e nem sempre é tarefa fácil substituí-los. É medido em escala de 1 a 5, sendo 1 “muito facilmente” e 5 “muito dificilmente”.

Tabela 2: Critério Substituição

Critério Substituição (Facilidade em substituir os envolvidos)	
Muito Facilmente (1)	Funcionários pouco qualificados e facilmente substituíveis
Facilmente (2)	Funcionários qualificados porém com alta disponibilidade no mercado
Moderadamente (3)	Funcionários com cargo de gestão com papel estratégico na empresa
Dificilmente (4)	Diretores com amplo conhecimento de negócio
Muito dificilmente (5)	Sócios e Diretores Estatutários que detêm maior parte do capital social e do conhecimento do negócio

Fonte: a Própria Autora, 2016

O critério *Imagem (I)*, mensura o dano à reputação sofrido pela empresa, em que extensão a sua imagem será comprometida em razão da concretização do risco e será mensurado em escala de 1 a 5, em que 1 é “baixíssimo” e 5 “altíssimo”.

A Imagem (*I*) da empresa é um ativo intangível de elevada importância e está relacionada à marca. Tanto assim é que são comuns publicações que apresentam rankings das marcas mais valiosas. Mesmo que uma empresa venha a falir, o valor da marca pode prevalecer e ser vendido à parte. Na realidade, corresponde a um ativo cujo valor deriva do grau de fidelidade que pode inspirar nos consumidores. Observe-se, por exemplo, que a Lei 13.303/2016 permite às companhias públicas, mesmo as monopolísticas gastar em publicidade, principalmente com vistas a valorizar a marca.

Aqui novamente, ressalta-se a relevância de se conhecer com clareza os fatores de sucesso da empresa.

Quantificar hipoteticamente a imagem da empresa e o dano reputacional sofrido é um grande desafio para qualquer organização. Para tanto, recomenda-se que esta classificação seja feita por meio de um consenso construído a partir de entrevistas com pessoas estratégicas de diferentes áreas da empresa.

Tabela 3: Critério Imagem

Imagem	Escala
Dano reputacional baixíssimo	1
Dano reputacional baixo	2
Dano reputacional médio	3
Dano reputacional alto	4
Dano reputacional altíssimo	5

Fonte: a Própria Autora, 2016

O critério *Extensão (E)* avalia a projeção do dano para além da empresa, levando em conta se foi de caráter individual, local, regional, nacional ou internacional o dano, conforme tabela abaixo:

Tabela 4: Critério Extensão- Projeção dos Efeitos

Projeção dos Efeitos	Extensão (Análise Parametrizada)
Individual	Baixíssima (1)
Local	Baixa (2)
Regional	Moderada (3)
Nacional	Alta (4)
Internacional	Altíssima (5)

Fonte: a Própria Autora, 2016

No que diz respeito a corrupção, um risco grau 1 no critério extensão, seria aquele de caráter individual, em que a título de exemplificação, um funcionário é identificado tentando praticar uma infração e as providências cabíveis são prontamente tomadas pela empresa, ficando a extensão dos efeitos restritas ao seu ambiente interno. Seguindo esta escala, o grau 2 seria para os riscos em que o efeito fosse local. O grau 3 para efeito regional, Grau 4 quando fosse caso de caráter nacional e 5 quando determinado risco tivesse alcance internacional, por envolver quantias vultuosas e um esquema de grande porte, que afetasse população, acionistas e políticos de alto escalão, como por exemplo se deu com a “Operação Lava Jato”.

O fator *Perda (P)* define o impacto financeiro decorrente da concretização do risco. É calculado levando em consideração o grau de suportabilidade da empresa em razão do prejuízo sofrido. É avaliada em escala gradativa de 1 a 5, em que 1 é muito levemente e 5 muito gravemente.

No que tange aos riscos de corrupção, a perda invariavelmente estará relacionada com a multa administrativa sofrida pela empresa. Aqui, o Decreto 8420/15 ajudará a alocar o impacto na escala de 1 a 5, uma vez que os artigos 17 e 18 definem as circunstâncias que agravam ou reduzem o valor da multa.

Fazendo a interface com o Decreto, pode-se calcular a perda baseada nos riscos que envolvam a celebração (ou pretensão de celebrar) contratos com a administração pública em face do valor dos mesmos. A classificação do impacto da perda seria decorrente dos valores e porcentagens fixados no decreto 8420/15.

A estimativa dos riscos de perda depende do tamanho do contrato em relação às operações da empresa. A perda financeira pode repercutir na condição econômica da empresa. Desta forma a escala de risco seria mensurada com base na tabela abaixo.

Os valores abaixo são meramente sugestivos e devem ser fixados de acordo com a capacidade financeira de cada empresa e levar em conta as faixas existentes entre o valor mínimo habitual e valor máximo habitual dos contratos firmados.

Tabela 5: Cálculo da Perda. Critérios para riscos envolvendo contratos com a Administração Pública

Valor do Contrato (Decreto 8420/15)⁶⁰	Escala do Risco (Análise de Risco Parametrizada)
Acima de \$ (Sugestão 1.500.000,00)	1 – Baixíssimo
Acima de \$\$ (Sugestão 10.000.000,00)	2- Baixo
Acima de \$\$\$ (Sugestão R\$ 50.000.000,00)	3- Moderado
Acima de \$\$\$\$ Sugestão R\$ 250.000.000,00	4- Alto
Acima de \$\$\$\$\$ Acima de R\$ 1.000.000.000,00.	5- Altíssimo

Fonte: a Própria Autora, 2016.

⁶⁰ Artigo 17, VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:

- a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
- c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
- d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e
- e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Para as infrações que não envolvam contratos pode-se definir a perda com base nos demais critérios que irão impactar a multa nos termos do decreto. Podem ser previstos antes da consumação da infração, como por exemplo: a situação econômica da empresa, pois a quantificação da multa tem por base de cálculo o faturamento bruto recebido, a existência de programas de *compliance*, pois permite redução da multa; a interrupção no fornecimento do serviço ou obra pública, possibilita agravar a sanção.

O fator *Legislação (L)* mensura os efeitos jurídicos decorrentes do risco de corrupção concretizado. Calcula-se em uma escala de 1 a 5, sendo 1 muito levemente e 5 muito gravemente. Considera-se os impactos decorrentes das consequências legais advindos desta prática. Incluem-se neste rol as sanções penais, administrativas e civis que a empresa possa sofrer. Em destaque possíveis interdições, proibição do exercício da atividade fim ou efeitos outros, como a inserção no Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP).

Tabela 6: Critério Legislação

Esfera de responsabilização	Legislação (Análise Parametrizada)
Responsabilização pecuniária apenas na esfera administrativa	Muito levemente
Responsabilização administrativa, inclusão no CNEP	Leve
Responsabilização administrativa e civil sem suspensão das atividades	Moderada
Responsabilização administrativa, civil e criminal com suspensão das atividades	Grave
Responsabilização administrativa, civil e criminal com dissolução da personalidade jurídica.	Gravíssima

Fonte: a Própria Autora, 2016

Conhecer os riscos críticos e estratégicos é importante, pois, ao quantificar o impacto se pode controlar os mais sensíveis, que possivelmente serão maiores, pois atingem um elemento essencial da empresa.

(iv) Estimativa de Probabilidade

Conforme elucidado, a quantificação do impacto (QI) e a estimativa de probabilidade (EP) são os vetores que determinam uma matriz de risco. Uma vez, vistas as variáveis que compõem a quantificação do impacto (QI), passa-se a analisar as que irão compor a estimativa de probabilidade (EP).

A estimativa da probabilidade (EP) busca identificar a extensão dos fatores que influenciam na probabilidade de determinado risco vir a concretizar-se. “É composta pela probabilidade (Pb), a exposição (Ep) e o índice de vulnerabilidade (IV), sendo $EP = Pb \times Ep \times IV$.” (SILVA e SILVA, 2010, p. 57).

Ressalta-se que enquanto as variáveis que compõem a quantificação do impacto (QI) apresentam uma relação de soma, as que irão compor a estimativa de probabilidade (EP) interagem numa relação de multiplicação.

A *probabilidade* (Pb) representa as chances de um evento se concretizar. No que tange aos riscos de corrupção, avalia-se, por exemplo, a probabilidade de que um colaborador ou representante da empresa ofereça propina a um funcionário público objetivando vantagem indevida.

A probabilidade (Pb) deve levar em conta dados históricos de processos administrativos ou criminais ou mesmo de investigações internas feitas pela empresa.

Por exemplo, se a empresa tem conhecimento, que a maior parte das denúncias realizadas pelo canal de denúncias envolve a área de Compras, deverá considerar a probabilidade estimada deste risco específico. O mesmo raciocínio serve para avaliar os riscos de interações específicas com autoridade pública que em determinados mercados sabidamente tem por praxe “solicitar propina”. Os valores atribuídos deverão refletir essa informação.

Já a *exposição* (Ep) medirá a frequência de contatos entre prepostos da empresa e autoridades, pois a frequência pode acentuar os riscos. Certamente as empresas que lidam mais com autoridades públicas terão maiores riscos. A exposição em um mercado regional específico (alguns países da África e da América) acentua a exposição à corrupção, notadamente porque esta, como se viu, tem uma base cultural.

Para exemplificar, tem-se uma importadora, que diariamente precisa despachar produtos, inclusive perecíveis, lidando com agentes aduaneiros e fiscais em comparação com outra empresa, que tem contato apenas eventual e indireto, por meio de despachantes, com autoridades públicas. Certamente, a importadora estará mais exposta a riscos de corrupção do que a segunda empresa, pois precisa

administrar maiores pontos de contato entre agentes públicos e funcionários. Portanto, apresenta mais oportunidades de que o risco venha a se concretizar.

É importante que a exposição possa ser mapeada. Identificar e conhecer a percepção das pessoas de cada área ou departamento que possam ter contato com autoridades públicas em nome da empresa é também uma maneira de mensurar a exposição.

O Índice de Vulnerabilidade (IV) é uma das mais importantes variáveis na análise de risco parametrizada e de particular importância na implementação dos programas de *compliance*. “Refere-se à efetividade dos recursos empregados para diminuir a vulnerabilidade ao risco” (SILVA e SILVA, 2010, p. 58). Em outras palavras, o índice de vulnerabilidade reflete a eficiência dos mecanismos de proteção para que determinada conduta de corrupção não venha a se estabelecer.

(v) A análise da Vulnerabilidades e ferramentas existentes de mitigação de riscos

O índice de vulnerabilidade é uma das variáveis que irão compor a estimativa de probabilidade. Entretanto, tem sua importância reforçada, pois é uma variável que pode ser controlada por meio da adoção de práticas que reduzam os riscos impactando diretamente no resultado final.

O grande diferencial da metodologia de análise de risco parametrizada em face das demais é o balanceamento dos riscos com as vulnerabilidades. Enquanto a análise dos riscos terá como produto final uma matriz de riscos para embasar um plano de ação, a análise das vulnerabilidades gerará um *heatmap*, que nada mais é que uma planilha que fornece o diagnóstico de onde os sistemas preventivos estão adequados ou críticos.

Para o cálculo do Índice de Vulnerabilidade (IV), aplicar-se-á a Planilha de Análise de Risco Parametrizada. Por meio do desenvolvimento de parâmetros é possível diagnosticar a eficácia dos mecanismos de *compliance*, identificar as necessidades corretivas e a evolução em termos de melhorias e resultados decorrentes de planos de ação.

As planilhas estão divididas em cinco tópicos que devem ser analisados com conteúdos diversos:

- 1) Tecnologia
- 2) Capital Intelectual
- 3) Normas e Procedimentos
- 4) Cultura Organizacional
- 5) Práticas Sensíveis e Relacionamento com autoridades e terceiros

Em cada uma destas áreas, em razão da identificação de vulnerabilidades específicas, destacam-se ações e controles para mitigar os riscos de corrupção, tomando como referência as melhores práticas em termos de *compliance*.

Por meio da análise de risco parametrizada consegue-se identificar as falhas existentes (ou inexistentes) nos mecanismos de proteção capazes de mitigar a corrupção e influenciar no resultado probabilístico, diminuindo-se o Índice de Vulnerabilidade por meio da melhoria nas falhas existentes (*gaps*).

Considerando que a estimativa de probabilidade (EP) é produto da multiplicação de fatores, dentre os quais o Índice de Vulnerabilidade (IV), ações para reduzir este índice afetará aquele resultado. Assim, ao aplicar a analogia da balança, o Índice de Vulnerabilidade (IV) é a variável que permite buscar o equilíbrio da balança. Quanto maior o risco, mais recursos deverão ser investidos em ferramentas de proteção para reduzir a vulnerabilidade.

Os Índices de Vulnerabilidade (IV) serão calculados em face da severidade da falha, capacidade de proteção e capacidade de detecção. Devem ser mensurados em uma escala de 1 a 10, de acordo com os critérios abaixo:

Tabela 7: Critérios aplicados no cálculo do Índice de Vulnerabilidade

Severidade da Falha Caso o item não exista ou não funcione	Capacidade de Proteção Capacidade do item proteger o ativo	Capacidade de Detecção Capacidade em detectar um evento de risco.
1 – Nenhum	1 - Nenhuma capacidade de proteção	1 - Nenhuma capacidade de detectar um evento de risco
2 – Mínima	2 - Baixíssima capacidade de proteção	2 - Baixíssima capacidade de detectar um evento de risco
3 - Muito pequeno	3 - Baixa capacidade de proteção	3 - Baixa capacidade de detectar um evento de risco
4 – Pequeno	4 - Pouca capacidade de proteção	4- Pouca capacidade de detectar um evento de risco
5 – Moderado	5 - Razoável capacidade de proteção	5 - Razoável capacidade de detectar um evento de risco
6 – Significativo	6 - Média capacidade de proteção	6 - Média capacidade de detectar um evento de risco
7 – Grande	7 - Boa capacidade de proteção	7 - Boa capacidade de detectar um evento de risco
8 – Sério	8 - Muito boa capacidade de proteção	8 - Muito boa capacidade de detectar um evento de risco
9 – Extremo	9 - Alta capacidade de proteção	9 - Alta capacidade de detectar um evento de risco

10 – Catastrófico	10 - Excelente capacidade de proteção	10 - Excelente capacidade de detectar um evento de risco
-------------------	---------------------------------------	--

Fonte: a Própria Autora, 2016

A fórmula que resulta no Índice de Vulnerabilidade (IV) tem como base a atribuição de um peso para cada um dos componentes do índice (severidade, capacidade de proteção e capacidade de detecção), para chegar à média ponderada. A fórmula matemática multiplica os valores atribuídos a cada item, eleva o resultado em 1/3 e divide o resultado final por 2⁶¹.

O peso elucida a importância atribuída a cada item. Após o cálculo do peso, o responsável pela implementação de um programa de *compliance* irá definir o grau de deficiência efetivamente vislumbrado na organização em face dos parâmetros estabelecidos. O Índice de Vulnerabilidade (IV) é o produto entre o valor da deficiência e o peso calculado.

É importante frisar, que em razão dos riscos de corrupção serem notadamente riscos humanos, a maneira mais eficaz de combatê-los é combinando os diversos itens apresentados, utilizando tecnologia, treinamento do capital intelectual, normas e procedimentos claros, fortalecimento da cultura organizacional e delimitação das práticas sensíveis com autoridades e terceiros. Todos os elementos que compõem os parâmetros apresentados podem e devem ser trabalhados acumuladamente e em paralelo, conforme a necessidade identificada.

O primeiro item, Tecnologia, aponta algumas ferramentas existentes no mercado que ajudam a evitar fraudes e corrupções, tais como a existência de um canal de denúncia. A melhor prática é a existência de um canal de denúncias externo, que não exija a identificação e que funcione o tempo todo. Outra ferramenta é o monitoramento de e-mails por softwares, controles de acesso aos sistemas da empresa (login e senha, pessoais e intransferíveis), além de softwares que realizam as chamadas “*due dilligences*” (diligências devidas), avaliando a idoneidade dos parceiros com quem a empresa irá negociar. A ilustração abaixo exemplifica como poderiam ser planilhados e mensurados tais critérios.

⁶¹As planilhas vem com a fórmula, de maneira a facilitar a aplicação continua dos formulários. Uma vez definidos o peso de cada item, estes não precisarão ser revistos. A fórmula no Excel é: “=(PRODUCT(XX:XX)^(1/3))/2”

Ilustração 1. Análise de Vulnerabilidades: Tecnologia.

1. Tecnologia							
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor
1.1.	5	2	9	2,2	Canal de denúncias	Corporativo, disponível full time, anônimo.	1
							2
						Coporativo, eventualmente a narrativa dos fatos acabe por identificar o funcionário	3
							4
						Inexistente	5
1.2.	6	7	9	3,6	Monitoramento de e-mails	A empresa possui software que identifica conteúdo inadequado (texto ou anexos) e gera um alerta.	1
						A empresa possui um sistema que identifica conteúdo inadequado, mas não é capaz de identificar textos no corpo do e-mail.	2
						A empresa possui uma equipe que constantemente monitora os e-mails de forma aleatória	3
						A empresa é capaz de monitorar e-mail apenas quando existe uma suspeita e isso é feito de forma totalmente manual.	4
						A empresa não é capaz de monitorar os e-mails.	5
1.3.	9	10	8	4,5	Controle de acesso a sistemas (sistemas com login)	Controle rígido com baixíssima possibilidade de falha	1
							2
						Ocorrem falhas	3
							4
						Não há controle	5
1.4.	4	10	9	3,6	Sistema que identifica a idoneidade dos terceiros com quem se fará negócio	A empresa possui um sistema em que é possível verificar se a empresa consta no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP e no caso de pessoas físicas se possuem condenação ou respondem por práticas de corrupção	1
							2
						A empresa não possui um sistema próprio para identificação da idoneidade das pessoas físicas ou jurídicas com quem negociará, porém há uma pessoa ou departamento responsável por realizar tais levantamentos	3
							4
						Não há nenhum sistema ou controle de idoneidade dos contratados.	5

Fonte: Própria Autora, 2016

O segundo item, capital intelectual é um dos itens mais importantes na análise da vulnerabilidade. Envolve principalmente a realização de treinamentos contínuos. Cada empresa deve identificar as áreas sensíveis e as pessoas e equipes que deverão ser treinadas, assim como definir a frequência apropriada para tais treinamentos. É importante fortalecer a ideia de que em alguns setores estratégicos da empresa como Assuntos Corporativos, Compras e Contas a Pagar deverá haver políticas específicas adaptadas aos riscos das áreas. Também é importante documentar os treinamentos realizados, para utilizar em eventual processo administrativo, visando mitigar a responsabilização objetiva da empresa em face da Lei Anticorrupção. Uma forma de garantir o efetivo aprendizado é a aplicação de testes de conhecimento ao final dos treinamentos. Tal medida é especialmente oportuna quando os treinamentos são feitos *online*, pois embora este seja um método barato e efetivo, torna difícil a avaliação do nível de absorção dos conteúdos pelos participantes. A tabela abaixo exemplifica parâmetros de Capital Intelectual:

Ilustração 2. Análise de Vulnerabilidades: Capital Intelectual.

2. Capital intelectual							
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor
2.1	5	7	4	2,6	Treinamento e conscientização de colaboradores em compliance	Treinamentos trimestrais, com participação de membros da alta administração e das diversas áreas para atualização dos riscos.	1
						Treinamentos semestrais, com participação de membros da alta diretoria e das principais áreas onde se constata maior vulnerabilidade	2
						Treinamentos anuais, com participação de membros da alta diretoria e das principais áreas onde se constata maior vulnerabilidade	3
						Treinamentos bianuais com participação de membros da alta diretoria.	4
						Não há treinamento específico voltado para os riscos de compliance	5
2.2	5	7	4	2,6	Treinamentos em riscos específicos da área	Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis. Os treinamentos são documentados. Há testes para verificar o aprendizado.	1
						Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis. Os treinamentos são documentados mas não há testes para apurar o aprendizado.	2
						Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis, mas estes não são documentados e nem há testes para apurar o aprendizado.	3
						Não há treinamentos específicos porém há políticas escritas que preveem como agir em situações delicadas.	4
						Não há treinamentos específicos nem políticas específicas.	5

Fonte: a Própria Autora, 2016

O terceiro item para apurar a vulnerabilidade são as *Normas e Procedimentos* da empresa, cuja análise deve levar em consideração os esforços dispendidos pela empresa para elaborar e divulgar Códigos de Conduta e Políticas, além dos investimentos e esforços em aperfeiçoar e obter melhoria contínua dos programas de Integridade. Neste exame são mensurados os controles internos para apuração de não conformidade de *compliance*, monitoramento da legislação aplicável ao negócio, testes de integridade feitos com os colaboradores (tanto antes de contratação quanto depois). Os testes de integridade são elaborados por psicólogos especializados e ajudam diagnosticar propensões para assumir condutas não éticas, permitindo um acompanhamento mais próximo daqueles cujo diagnóstico seja negativo. Um instrumento importante nessa área é a inclusão de cláusulas de *compliance* em contrato com terceiros que possam a vir interagir com autoridades públicas em nome da empresa.

Ilustração 3: Análise de Vulnerabilidades: Normas e Procedimentos

3.6	7	5	8	3,3	Apuração de não conformidades de compliance	A identificação de não conformidades, gera uma sindicância interna da área de compliance para apuração de irregularidades, advertência e se for necessário afastamento.	1
							2
						A identificação de não conformidade é reportada para área onde a falha ocorreu e cada departamento tem autonomia para tomar as decisões cabíveis	3
							4
						Não há uma pessoa ou departamento específico e neutro encarregada para apurar as não conformidades.	5
3.7	4	4	7	2,4	Monitoramento de relatórios de auditoria de compliance	Os relatórios geram procedimentos investigativos internos	1
							2
						Apenas os relatórios sob suspeita ou críticas são monitorados.	3
							4
						A empresa não produz relatórios de auditoria de compliance	5
3.8	8	4	7	3,0	Revisão periódica dos riscos de compliance	Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são bimestralmente revistos conjuntamente	1
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são semestralmente revistos conjuntamente	2
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são semestralmente revistos pela área especializada e anualmente de maneira conjunta	3
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são revistos anualmente apenas pela área especializada	4
						Não há uma periodicidade definida para revisão de riscos.	5
3.9	7	4	9	3,2	Melhoria contínua do programa de compliance	A empresa investiu \$\$\$\$\$ (fixar valor de acordo com o orçamento previsto) em programas de compliance	1
						A empresa investiu \$\$\$\$ em programas de compliance	2
						A empresa investiu \$\$\$ em programas de compliance	3
						A empresa investiu \$\$ em programas de compliance	4
						A empresa investiu \$ em programas de compliance	5
3.10.	5	9	9	3,7	Teste de integridade com empresa terceirizada especializada	A empresa tem contrato com empresa especializada para aplicação de testes de integridade no período pré contratual e periódico	1
						A empresa possui contrato com empresa especializada apenas para aplicação de testes pré contratualmente	2
						A empresa possui contrato com empresa especializada apenas para aplicação de testes periodicamente	3
						A empresa não possui contrato para realização de testes de integridade com empresa terceirizada especializada, mas há uma previsão para que se implemente	4
						A empresa não possui contrato para realização de testes de integridade com empresa terceirizada especializada e não há nenhuma previsão de que tal prática seja implementada	5

Fonte: a Própria Autora, 2016

O quarto item, a *cultura organizacional* da empresa, interfere no grau de vulnerabilidade, visto que é algo que se entranha nos escalões da empresa, ditando a conduta. Já se mencionou que a implantação de uma cultura de combate à corrupção deduzida dos escalões de poder e permeando toda a estrutura pessoal,

notadamente daqueles que tenham relação com autoridades, produz efeitos positivos mais longos, duradouros e permanentes.

Ética e valores constituem o substrato para o impedimento da corrupção empresarial, objetivo hoje cada vez mais exigido delas, até mesmo pelo reconhecimento da relevância desses entes na produção e no atendimento das necessidades das pessoas. Comumente, a política de Gestão por Valores que tradicionalmente propõe na empresa o Código de Conduta é o caminho da cultura organizacional voltada à ética.

Ilustração 4. Análise de Vulnerabilidades: Cultura Organizacional

4. Cultura organizacional							
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor
4.1.	9	4	9	3,4	Fomento do programa pela alta administração	A alta administração da empresa se envolve totalmente na divulgação das políticas e no fiel cumprimento de suas regras.	1
						A alta administração da empresa se envolve totalmente na divulgação das políticas e no fiel cumprimento de suas regras, mas não se envolve na tomada de decisão.	2
						A alta administração da empresa se envolve parcialmente na divulgação das políticas e no cumprimento de suas regras, mas não se envolve na tomada de decisão.	3
						A alta administração da empresa pouco se envolve na divulgação das políticas cabendo às áreas de apoio o garantir cumprimento das regras.	4
						A alta administração da empresa NÃO se envolve na divulgação das políticas e no cumprimento de suas regras	5
4.2	10	8	4	3,4	Código de Ética	O Código de Ética é distribuído a todos os funcionários, disponibilizado <i>online</i> e anualmente são reforçadas as suas diretrizes. Os colaboradores fazem treinamentos e devem assinar termo que comprove participação.	1
						O Código de Ética é distribuído a todos os funcionários, disponibilizado online e anualmente são reforçadas as suas diretrizes, há treinamento específico mas não há como comprovar participação.	2
						O Código de Ética é distribuído para todos os funcionários, mas não há treinamento específico	3
						O Código de Ética fica disponível apenas online.	4
						Não há um Código de Ética.	5
4.3	7	9	4	3,2	Comite de Ética	A empresa possui um Comite de Ética com reuniões e membros fixos para o qual são encaminhadas situações em que há conflito de interesses.	1
							2
						A empresa não possui um comitê de ética <i>ad hoc</i> formado quando há questões sensíveis que precisam ser apreciadas	3
							4
						A empresa não possui um comitê de ética estruturado	5

Fonte: a Própria Autora, 2016

O quinto item, Práticas Sensíveis e Relacionamento com autoridades e terceiros reflete na vulnerabilidade é a identificação de *áreas de maior risco*, envolvendo viagens, presentes, existência de requisições e formulários, negociações com órgãos públicos, auditorias, pagamentos de comissões, contribuições para caridade e doações.

O agravamento das vulnerabilidades decorre da natureza de cada um desses componentes específicos. Assim, o pagamento direto de viagens e a entrega de presentes a autoridades e terceiros constituem por si corrupção. Entretanto, falta de controles de ressarcimento dessas despesas podem constituir meios de repasse de benefício indevido. Contribuições para caridade e doações estão na mesma linha. Já a avaliação das requisições e formulários, assim como as auditorias indicam nível de controle que, se adequado, dificulta repasses a autoridades ou terceiros. Práticas corretas de negociações com órgãos públicos e autorização a pessoas específicas também reduzem a vulnerabilidade da empresa. É também relevante a determinação específica quanto à forma de pagamento de comissões eventualmente devidas e especificadas em contrato.

Ilustração 5. Análise de Vulnerabilidades: Práticas sensíveis e relacionamento com autoridades e terceiros.

5. Práticas sensíveis e relacionamento com autoridades e terceiros							
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor
5,1	6	5	7	3,0	Viagens	As viagens são relacionadas ao negócio, documentadas, de acordo com a política da empresa, os gastos são devidamente registrados, aprovados, não há extravagâncias e as despesas nunca são pagas em cash.	1
						As viagens são frequentes, mas há um controle rígido das despesas, há uma política bem estruturada para viagens e os gastos nunca serão pagos em cash.	2
						As viagens são ocasionais. Há uma política acerca das viagens, mas as mesmas não exigem aprovação para disponibilização de verbas.	3
						As viagens são ocasionais, relacionados ao negócio mas não há controle/limite acerca das despesas	4
						As viagens são frequentes e não há nenhum controle ou aprovação acerca das despesas relacionadas a viagem.	5
5,2	4	4	3	1,8	Presentes	A distribuição de brindes e presentes é fortemente desencorajada e vedada. Há uma política expressa sobre o tema no Código de Ética.	1
						Há uma política empresarial acerca da distribuição de brindes e presentes, entretanto não há controle pois os vendedores possuem certa autonomia.	2
						O Código de Ética não dispõe acerca de brindes e presentes, porém há uma orientação realizada aos funcionários nesse sentido	3
						O Código de Ética não dispõe acerca de brindes e presentes, nem há orientações quanto o tema.	4
						Não há regulamentação, orientação ou controle acerca de brindes e presentes.	5
5,3	7	6	5	3,0	Requisições e Formulários	Os acessos para formulários de requisição são restritos e necessitam de autorização.	1
							2
						Os acessos para requisições são limitados e não necessitam de autorização	3
						Os acessos para requisições podem ser feitos por qualquer funcionário.	4
5,4	8	8	4	3,2	Negociações com Órgãos Públicos	A empresa raramente precisa negociar com órgãos públicos	1
						A empresa eventualmente negocia com órgãos públicos	2
						A empresa negocia regularmente com órgãos públicos	3
						A empresa negocia frequentemente com órgãos públicos	4
						A empresa sempre negocia com órgãos públicos	5

5,5	7	5	6	3,0	Compliance Officer	A empresa possui um compliance officer, com autonomia para auditar e investigar	1
						A empresa não possui um departamento específico de compliance, mas há um advogado ou profissional responsável pelo controle dos processos que atua de maneira independente	2
						A empresa possui um compliance officer, mas este não é independente	3
						A empresa possui um programa de compliance estruturado, mas não possui um compliance officer.	4
						A empresa não possui um compliance officer e nem um programa estruturado de compliance	5
5,6	3	2	2	1,1	Doações para Caridade e Programas Sociais	A empresa não realiza doações para caridade	1
						A empresa faz doações para caridade mediante aprovação do Conselho.	2
						A empresa faz doações para caridade. Há uma política interna que regulamente estes tipos de doação, mas não há necessidade de aprovação do Conselho.	3
						A empresa faz doações para caridade, entretanto	4
						A empresa faz doações para caridade, os pagamentos são feitos em dinheiro sem necessidade de aprovação do conselho	5
5,7	6	4	4	2,3	Comissões	As comissão são pagas no país e o fato motivador do pagamento deve ser detalhado e documentado	1
							2
						As comissões são pagas no país e decorrentes apenas das vendas.	3
							4
						As comissões são pagas em contas bancárias fora do país.	5
5,8	5	4	5	2,3	Pagamentos	Os pagamentos apenas são feitos as pessoas físicas ou jurídicas que constam no contrato. É vedado pagamento à intermediários ou pessoas que não estejam nomeadas no contrato.	1
						É possível que seja realizado pagamento a pessoas que não estão no contrato, somente em casos excepcionais, mediante aprovação do Departamento responsável e da área de Compliance	3
							4
						É possível que seja realizado pagamento a pessoas que não estão no contrato, de acordo com a necessidade do fato concreto.	5

Fonte: a Própria Autora, 2016

Os cinco itens descritos e organizados na Planilha de Análise de Risco Parametrizada resultam nos Índices de Vulnerabilidade e geram um mapa das áreas mais sensíveis de acordo com as informações colhidas. A aplicação contínua desta metodologia gera indicadores das melhorias ou retrocessos vivenciados com relação algumas práticas. Assim, seria possível efetivamente mensurar a eficácia dos Programas de *compliance*.⁶²

Na prática, a aplicação é rápida e eficiente. Uma vez definidos os pesos de cada controle, todos os resultados são gerados de maneira automática,

⁶² Os valores preenchidos foram utilizados a título exemplificativo, levando em conta uma empresa hipotética. Ao aplicar a metodologia, cada empresa poderá/deverá adequar os critérios de acordo com sua realidade.

cabendo ao entrevistador e aplicador responsável pelos controles internos imputar as práticas existentes auditadas.

Esta é uma forma eficiente e funcional de se demonstrar às autoridades públicas, o empenho e comprometimento das empresas com os Programas de Integridade, de maneira a reduzir as sanções impostas na Lei Anticorrupção e mitigar a responsabilização objetiva.

Recomenda-se que o peso de cada item seja fixado por meio de técnica estatística denominada *Painel de Delphi*, via questionários anônimos a serem respondidos por especialistas.

[...] é um enfoque sistemático que solicita opiniões de especialistas sem que os mesmos sejam contaminados com os efeitos de grupos de personalidades ou de tendências em conformidade com a opinião pública. (HEMLER, 1966).

A aplicação das tabelas de Análise de Risco Parametrizadas devem ser feitas regularmente e preferencialmente respondidas pelos mesmos funcionários, para que os referenciais mantenham-se coerentes ao longo do tempo.

O ponto prático da tabela com cores é chamar atenção imediata para os níveis de vulnerabilidade. Itens que estiverem em “vermelho” e “laranja” são de alta vulnerabilidade e, ao inverso, indicam baixa capacidade de elidir o risco, merecendo um plano de ação e maior atenção da organização.

A importância do Índice de Vulnerabilidade para o plano de análise de risco consiste principalmente no fato dessa variável poder ser controlada e modificada por meio de investimentos feitos pela organização. Por compor o cálculo da Estimativa de Probabilidade afetará diretamente na classificação final do risco, ao alocá-lo na matriz de risco.

Desta forma, conforme exposto, o Índice de Vulnerabilidade é uma variável no qual a empresa consegue agir diretamente, e que irá afetar o resultado da Estimativa de Probabilidade, calculado através da multiplicação da Probabilidade (Pb), da Exposição (E) e do Índice de Vulnerabilidade (IV).

Delimitadas as variáveis, a metodologia desenvolvida por Silva e Silva (2010, p. 71) estabelece que as que dizem respeito ao Impacto do Risco interagem numa relação de soma. Já as variáveis que dizem respeito a *Probabilidade* apresentam uma relação de multiplicação entre si.

(vi) Quantificação do impacto e da estimativa de probabilidade para criação da matriz de risco

Foi visto que a análise de risco parametrizada serve para ter um diagnóstico dos riscos de corrupção por meio da criação de uma Matriz de Análise de Risco, que leva em conta a quantificação do impacto e a estimativa de probabilidade. Para a quantificação do impacto somam-se as seguintes variáveis: perda financeira, função, substituição, imagem, extensão e legalidade, descritas anteriormente.

A fórmula para Quantificação do Impacto resume-se na equação constante da tabela abaixo:

Tabela 8: Fórmula Quantificação do Impacto(QI)

Fórmula Quantificação do Impacto(QI)
Perda Financeira: PF
Função: F
Substituição: S
Imagem: I
Extensão: E
Legal: L
$QI = PF + F + S + R + I + E + L$
Fonte: Silva e Silva, 2011

A estimativa da probabilidade, por sua vez, se comporta numa relação de multiplicação da variável probabilidade, exposição e índice de vulnerabilidade. Vejamos:

Tabela 9: Fórmula Estimativa da Probabilidade

Fórmula Estimativa de Probabilidade (EP)
Estimativa de Probabilidade: EP
Probabilidade: P
Exposição: Ep
Índice de Vulnerabilidade: IV
$EP = Ep \times Ex \times IV$
Fonte: Silva e Silva, 2011

A matriz de riscos é “voltada para assessorar os processos decisórios, que permite fazer uma priorização coerente da alocação dos recursos a serem investidos no processo de Gestão de Riscos Corporativos”. (Silva e Silva, 2010, p.78)

Para construção da matriz de risco na sequência, será ilustrado o passo a passo do cálculo de Quantificação de Impacto (QI) e de Estimativa de Probabilidade (EP), a título exemplificativo, para uma empresa do ramo de construção civil de grande porte localizada no Brasil em que 70% do volume dos empreendimentos referem-se a obras públicas por licitação e 30% dos empreendimentos próprios possuem financiamento da Caixa Econômica Federal.

Tabela 10: Demonstrativo de cálculos para elaboração da Matriz

Quantificação do Impacto (QI)	Função (F)	Substituição (S)	Imagem (I)	Extensão (E)	Perda Financeira (P)	Legislação (L)
Riscos/Pesos	F x 2	S x 2	I x 3	E x 2	P x 3	L x 2
Fazer conluio com empresas concorrentes para combinar vencedor de determinada licitação	10	8	9	8	15	10
	$F \times 2 + S \times 2 + R \times 3 + I \times 3 + E \times 2 + P \times 3 + L \times 2$					
QI = 3,529	17					
Classificação	Faixas de Impacto					
Conceito	Muito Baixo	Baixo	Médio	Alto	Muito Alto	
Índice (faixa)	1,00– 1,50	1,51 –2,50	2,51– 3,50	3,51– 4,50	4,51– 5,00	
Cor Código						

Fonte: Própria Autora, 2016

A quantificação do impacto⁶³ para a empresa descrita seria Alto, pois o QI calculado foi de 3,52 após a definição dos pesos e valores.

Na sequência, deverá ser calculada a Estimativa de Probabilidade do risco em questão. O primeiro critério é a probabilidade do dano vir ocorrer. A depender do risco, pode ser que a empresa possua históricos e estatísticas e nestes casos basta descobrir a porcentagem e aplicá-la. Para os riscos de corrupção, uma abordagem interessante é considerar a probabilidade de um mercado ou setor específico. Considerando que no exemplo dado a empresa do ramo de construção civil, com atuação nacional e de grande porte, pode-se considerar a probabilidade de 70% para o risco avaliado. Alinhando o cálculo percentual com a fórmula (Ver Tabela Referencial de Interpolação- Anexo I), tem-se uma probabilidade de 3,5.

Segue-se para calcular o critério da Exposição. Sugere-se os índices de Percepção da Corrupção. Considerando a pontuação obtida pelo Brasil⁶⁴, 3,8 em uma escala de 1 a 10 e com base referencial adotado para o cálculo da exposição em que 1 significa Muito raramente; 2 Raramente; 3 Ocasionalmente; 4 Frequentemente e 5 Muito frequentemente, conclui-se que a exposição do Brasil é alta, e portanto uma empresa que atua aqui estaria frequentemente exposta a riscos de corrupção.

O Índice de Vulnerabilidade (IV), como já visto será obtido por meio da aplicação das Planilhas de Análise de Risco Parametrizada. Considerando as tabelas de ferramenta de proteção mostradas acima e supondo que a empresa adote boas práticas de *compliance* (Pontuação atribuída, Anexo II) teríamos o seguinte índice de Vulnerabilidade:

Tabela 11. Resultados da análise de vulnerabilidades (*HeatMap*)

Parâmetros de <i>compliance</i>	IV da filial
Tecnologia	2,09
Capital intelectual	2,67
Normas e procedimentos	2,70
Cultura organizacional	4,31

^{63*}Obs: as fórmulas são montadas de acordo com as variáveis que influenciam a ocorrência de cada risco. Estas variáveis alteram-se para cada tipo de risco em questão. No caso acima foi usada uma fórmula genérica que atende a maioria dos riscos operacionais. Logicamente algumas variáveis terão que ser trocadas para alguns riscos e isto implicará na alteração da fórmula. Para maiores informações acerca da metodologia recomenda-se a leitura da obra: Manual de Planejamento e Gestão de Riscos: Uma abordagem prática.

⁶⁴Mapa Mundi da Corrupção. Disponível em: Acesso em 22 de maio de 2016.

Práticas sensíveis e relacionamentos	2,73
Índice de Vulnerabilidade da unidade	2,7

Fonte: Própria Autora, 2016.

Tabela 11. Estimativa de Probabilidade

Estimativa da Probabilidade	
EP=	$\frac{100 \times (\text{Probabilidade} \times \text{Exposição} \times \text{índice de Vulnerabilidade})}{125}$

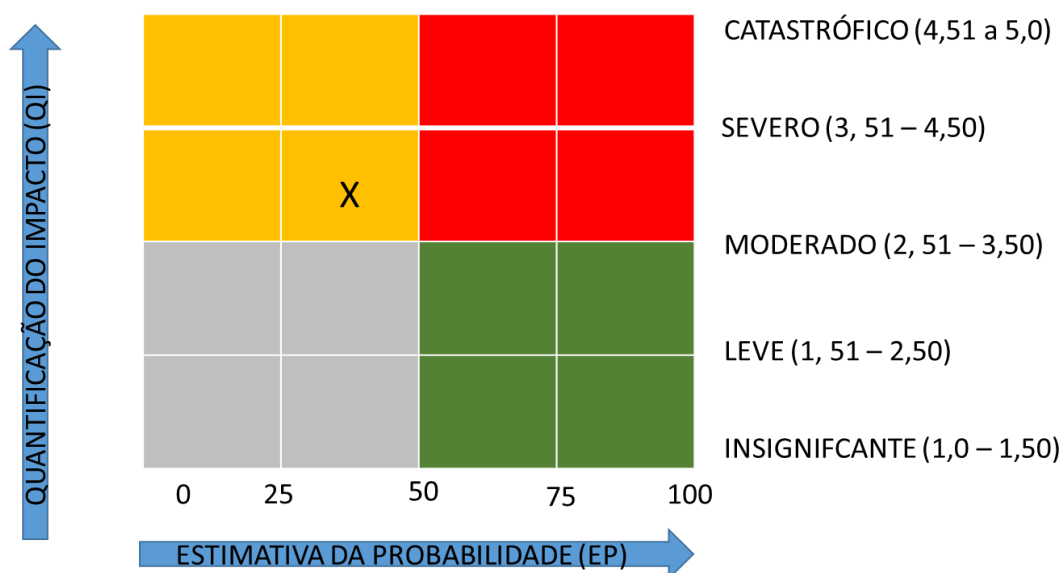
Fonte: Silva e Silva 2010, p. 65

$$\text{EP: } 100 \times (3,5 \times 4 \times 2,7) / 125 = 30,24\%$$

(vi) Construindo a matriz de riscos

Com os valores exemplificativos encontrados para a Quantificação do Impacto (3,52) e Estimativa de Probabilidade (30,24%), tomando por base o risco exemplificado, constrói-se a Matriz de Riscos.

Ilustração 6. Matriz de Riscos



Fonte: a Própria Autora

A criação da matriz de risco, com todos os riscos referentes à corrupção, permite identificar os riscos críticos. Para os quais se fará necessário um

Plano de Ação com investimentos em mecanismos de proteção capaz de reduzir o índice de vulnerabilidade.

Aqueles contidos no quadrante vermelho “têm alta probabilidade de ocorrência e poderão resultar em impactos com perdas avaliadas entre severas e catastróficas”. (Silva e Silva, 2010, p. 81). No quadrante amarelo, onde restou alocado o risco analisado, fraude a licitações, é considerado um risco elevado. Isto significa que tais ameaças devem ser monitoradas de maneira frequente, disparando um alerta sempre que a empresa participar de processos licitatórios. No quadrante verde serão alocados os riscos que embora possam ter alta probabilidade de ocorrer apresentam consequências leves para a empresa. No quadrante cinza os riscos não demandam investimentos expressivos, pois possuem pouca probabilidade e baixo impacto.

A matriz de risco evidencia o grau de atenção que deve ser dispensado pela administração perante os riscos com maior exposição. O plano de ação deve estar intimamente ligado com a tolerância de risco definida pela empresa. Quando o risco residual extrapolar os parâmetros de tolerância estipulados torna-se necessário uma ação para reduzir o risco até que ele esteja dentro do limite de tolerância desejável.

Uma vez identificados, classificados os riscos, avaliadas as ferramentas de controle e executados os devidos planos de ação, é preciso ainda um monitoramento contínuo dos riscos e revisão periódica das políticas e indicadores.

(vii) Elaboração de um Plano de Implantação do Projeto

A análise de perfil de risco é de suma importância. O diagnóstico dos riscos por meio da matriz de risco permite sólido embasamento para elaboração de planos de ação e justificam investimentos em ferramentas de controle nos casos mais críticos.

Tais medidas são essenciais para atingir e fortalecer o caráter preventivo almejado pela Lei.

Nota-se, facilmente, que medidas como *due diligence* e monitoramento do risco, por exemplo, colocam pontos de intersecção, verdadeiros nós, na rede de relacionamento dos diversos agentes privados, impondo e disseminando a cultura de integridade. A atuação do Estado, que antes era focada na identificação de condutas para posterior repressão sancionatória, passa a se espalhar como exigência dos demais atores para seu inter-relacionamento.

Multiplica-se, dessa maneira, a prevenção, pela multiplicidade de atores que exigem um comportamento padrão. (FGV CADERNOS, p. 52)

A análise de risco parametrizada mostra-se uma excelente alternativa para as empresas que querem implementar um programa de *compliance* que atenda às necessidades e dimensione o verdadeiro grau de exposição à corrupção. É oportuna para empresas de grande porte que tem por hábito a realização de auditorias e ainda permite mensurar quantitativamente a eficácia dos controles e ferramentas de integridade dentro da organização.

A diminuição dos índices de vulnerabilidade por meio das ferramentas de *compliance* tem ainda sua importância acentuada, pois evidenciam todo o engajamento da empresa em melhorias concretas e na criação de cultura organizacional de integridade e repúdio à corrupção. Servem de prova documental robusta para a mitigação da responsabilização objetiva e diminuição das penalidades previstas na Lei Anticorrupção.

Ao adotar a metodologia de análise de risco parametrizada para os riscos específicos de corrupção a empresa estará alinhada com as recomendações do Pacto Global que estabelece a diferenciação dos controles de corrupção dos demais controles. “Identificar controles no nível do processo de negócio e não apenas no nível de risco é importante, já que processos diferentes tendem a ter controles de mitigação diferentes”. (Guia de Avaliação de Risco de Corrupção, 2015, p. 35).

Uma vez identificados os riscos e detalhados na matriz, as empresas passam a adotar planos de ação específicos, descrevendo as ações que tomarão para mitigar, identificando os responsáveis pela implementação e acompanhamento das ações delimitadas como prioritárias para diminuir o índice de vulnerabilidade em termos de normas e procedimentos, cultura organizacional, capital intelectual, procedimentos relacionados a viagens, por exemplo.

No que tange aos padrões escritos, é indispensável que estes contemplem políticas específicas pensadas na realidade da empresa, e forneçam orientações precisas que atendam as demandas tanto dos colaboradores internos quanto de terceiros que se relacionem com a empresa.

É inegável que a criação de um programa robusto de integridade exige investimentos financeiros e principalmente humanos para transmitir e comunicar a cultura de transparência. Os eventuais gastos em prevenção são certamente compensadores diante dos possíveis gastos decorrentes de punição.

Para a economia dos custos de transação, no mundo real é necessário admitir o potencial oportunismo dos agentes econômicos e enquadrar a realidade das organizações na racionalidade limitada, demandando com isso, estruturas de monitoramento e de controle das atividades dos envolvidos nas transações organizacionais de acordo com o seu grau de sensibilidade, pois dessa estrutura decorrem custos de operação. (ZYLBERSZTAJN, 2002, p. 132)

Por fim, enfatiza-se a expectativa de que as organizações implantem ferramentas de gestão de maneira a exercer um papel de protagonismo na difusão de uma cultura anticorrupção, como corolário da responsabilidade social empresarial.

4.3.Utilização da análise de Risco Parametrizada no Processo Administrativo de Responsabilização

A metodologia de análise de risco parametrizada, assim como os Guias feitos pelas empresas integrantes do Pacto Global ou as Cartilhas da CGU, exercem papel orientativo. Embora não sejam norma jurídica, ajudam na missão de dar completude ao microssistema anticorrupção para que a Lei seja cumprida.

Como bem pontuou o professor Lourival Vilanova: “A lei interage de forma sutil com os fatos sociais, regrando-os. E se os conceitos abstratos não estiverem revestidos da experiência, da prática e da intuição, serão vazios” (VILANOVA, 1989, p.23)

A análise de risco parametrizada fornece os contornos práticos para desenvolver um Programa de Integridade, que seja efetivo e adaptado aos riscos e necessidades de cada negócio. Diante do risco de corrupção, leva em consideração os principais componentes de um Programa de Integridade Empresarial. Por contemplar todos os itens dispostos no Decreto 8420/15 e por ter um monitoramento contínuo dos índices de vulnerabilidade poderá constituir robusta prova das boas intenções empresariais no Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).

As planilhas aplicadas deverão ser assinadas pela pessoa que conduziu a auditoria e posteriormente arquivadas junto ao comitê ou área responsável pela gestão dos riscos empresariais. É indicado que, se possível, entre um intervalo e outro de aplicação (normalmente semestrais), o monitoramento dos mecanismos de proteção, que irão interferir no Índice de Vulnerabilidade (IV) e conseqüentemente

impactarão a Estimativa de Probabilidade e a classificação do risco seja feito pela mesma pessoa para que se tenha uma consistência na interpretação.

A melhora no Índice de Vulnerabilidade total de uma afiliada (que passou de vermelho para verde por exemplo) é uma evidência clara dos esforços empresariais e do seu compromisso com a ética e a transferência.

Nos termos do Decreto 8.420/15 e da Portaria 910 de 2015 da CGU, o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) será instaurado quando houver indícios de materialidade e autoria por meio de uma Portaria publicada no Diário Oficial da União. Na sequência, a pessoa jurídica é intimada para apresentar defesa no prazo de 30 dias, necessariamente escrita e que deverá constar o rol de provas que o acusado pretenda produzir. É neste momento que as planilhas de Análise de Risco Parametrizadas, a matriz de risco da empresa (seja da unidade ou da filial) serão juntadas. Do deferimento ou da intimação de juntada de provas pela Comissão responsável pelo PAR, a empresa deverá apresentar alegações finais, reforçando a existência dos Programas de Integridade, para que na eventualidade de condenação, possa a fazer jus à mitigação da sanção na dosimetria da pena.

Ao dispor que os programas 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, serão levados em consideração na aplicação das sanções, o ordenamento jurídico reconhece que as empresas têm o compromisso ético de serem agentes ativos no combate a corrupção.

Quando promove a adoção de Programas de Integridade e Conformidade (*compliance*) de modo a mitigar a responsabilidade objetiva, a lei prestigia a formação de uma ética empresarial e confirma as novas perspectivas de responsabilidade social.

Desta forma, a metodologia de análise de risco parametrizada pode servir de apoio para a criação de um programa robusto e eficaz de *compliance* nas empresas. A identificação dos riscos permite à empresa um diagnóstico das áreas mais sensíveis, mediante análise das ameaças externas e internas que facilitem ou contribuam para prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Formas de controle e ferramentas de mitigação dos riscos de corrupção devem ser avaliadas tomando por base a capacidade de proteção de um

controle em face de um risco existente, tal qual canal de denúncia, treinamentos, registros contábeis, *checklists*.

A identificação dos riscos e vulnerabilidades permitem ainda que se estabeleça referenciais para comparação entre diversas afiliadas de uma mesma empresa, e monitoramentos dos índices como estratégia para mensurar a eficácia dos programas de *compliance*. As análises periódicas de riscos, e os planos de ação montados para mitigar os que forem mais sensíveis, deverão sempre ser documentados e servirão como base probatória em eventuais processos administrativos movidos em face da empresa.

O método proposto de análise contínua de riscos, baseada em critérios quantitativos e qualitativos é atualmente uma das formas mais eficazes de evitar infrações em face da administração pública e mitigar a responsabilidade objetiva da empresa. Isto porque, além do embasamento probatório que a adoção da metodologia de análise de risco parametrizada produz, fica certamente mais fácil para a empresa realizar investigações internas e apurar os responsáveis por eventuais infrações. Assim, mitiga a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, responsabilizando efetivamente os colaboradores que agiram com dolo.

As ferramentas apresentadas no trabalho representam importante passo para elevar o nível de transparência e integridade nos negócios jurídicos realizados pelos entes públicos e privados. Neste contexto, a Lei 12.846/13 tem papel decisivo no estímulo a adoção de programas de integridade e, conseqüentemente, na redução dos riscos de corrupção em face da administração pública.

4.4 CONTROLES INTERNOS E EXTERNOS E O DEVER DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

As empresas, enquanto indutoras do crescimento econômico e dotadas de função social, sujeitam-se a controles internos e externos. Os controles externos são exercidos pelo Estado, de maneira oficial, por meio de legislações, regulamentações e fiscalizações, e pela sociedade civil, que de maneira extraoficial realiza pressões em face das condutas adotadas pelas empresas, movendo a opinião pública. Já os controles internos, embora muitas vezes derivados de uma obrigação legal (externa), estão no domínio das organizações, que tem autonomia para decidir seus processos e estratégias.

A análise de risco parametrizada para riscos de corrupção é um controle interno discricionário que poderá ser adotado por empresas públicas e privadas como estratégia interna de combate a corrupção sob um enfoque gerencial.

Embora a metodologia paute-se principalmente em premissas econômicas ou instrumentais (que orientam a racionalidade empresarial), seus efeitos extrapolam essa esfera e tem um papel importante tanto na construção da cultura organizacional anticorrupção (quando este traço ainda não for presente na empresa) quanto no fortalecimento da mesma (em empresas que já possuem estes princípios internalizados).

Apesar do enfoque utilitarista da metodologia de análise de risco parametrizada, que pretende impedir que a ameaça (corrupção) encontre uma vulnerabilidade (falta de controle) e se concretize de modo a causar prejuízos econômicos e reputacionais esta certamente não é a única razão pela qual as empresas devem implementar programas robustos de Integridade e *compliance*.

Kant (1975, p. 366) em sua obra “A paz perpétua” afirmava que até mesmo um povo de demônios prefere o Estado de Direito, ainda que tenham que sacrificar parte de sua liberdade natural, contanto que sejam inteligentes.⁶⁵

Em uma analogia a e ao encontro da afirmação de Kant, Adela Cortina (2009, p. 120) preconiza que “até mesmo um conjunto de empresas que entende que sua única meta é o lucro, assim como um povo de demônios, se forem inteligentes, terão dado conta que lhes convém assumir a responsabilidade social”, ainda que em razão de uma racionalidade meramente instrumental. A responsabilidade social deve assumir-se como uma “ferramenta de gestão, uma medida de prudência e uma exigência de justiça” (CORTINA, 2009, p. 118).

Por mais que não se consiga captar a “qualidade moral” das organizações, a análise de risco parametrizada permite que as empresas mensurem

⁶⁵ O problema do estabelecimento do Estado, por mais áspero que isto soe, tem solução, inclusive para um povo de demônios (contanto que tenham entendimento), e formula-se assim: “Ordenar uma multidão de seres racionais que, para sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, às quais, porém, cada é inclinado em seu interior a eximir-se, e estabelecer sua constituição de tal modo que eles, embora opondo-se uns aos outros em suas disposições privadas, contenham-se, entretanto, reciprocamente, de modo que o resultado de sua conduta pública é o mesmo que obteriam se não tivessem essas disposições más.” Um problema assim deve ter solução; pois não se trata do aperfeiçoamento moral do ser humano, mas apenas do mecanismo da natureza; a tarefa consiste em saber como é que tal mecanismo pode ser utilizado em relação ao ser humano para coordenar o antagonismo de suas disposições não-pacíficas no seio de um povo de tal modo que se obriguem mutuamente a submeter-se a leis coercivas, tendo, assim, de suscitar o estado de paz em que as leis têm força. (KANT, 1975, p. 366)

seus esforços e progressos no combate a corrupção, de modo que a mensagem principal (“não toleramos condutas ilícitas objetivando obtenção de vantagem indevida) seja continuamente internalizada pela organização até integrar o próprio núcleo duro da companhia.

Neste sentido, pode-se afirmar que os programas de *compliance* são um ativo produtivo da sociedade, pois traduzem valores de responsabilidade social e ética empresarial, e seus efeitos se projetam nos indivíduos (colaboradores), stakeholders e reverberam na sociedade de maneira geral tendo impacto direto no progresso econômico e social.

Amartya Sen e Kliksberg ensinam que:

“os valores éticos dos empresários e dos executivos (dois grupos-chave de uma sociedade) fazem parte dos “ativos produtivos desta sociedade. Se os empresários e executivos são favoráveis que se invista no país, ao progresso tecnológico autêntico, ao pagamento de impostos, ao crescimento compartilhado, o impacto será altamente positivo. Se ao contrário, eles se mostrarem favoráveis a maximizar o lucro imediato, a aproveitar de toda oportunidade para corromper qualquer funcionário público corruptível, a extrair todo o possível do país e enviá-lo ao exterior para um paraíso fiscal qualquer, então a situação será totalmente diferente. Por tal razão estes valores fazem parte dos “ativos produtivos” ou dos “passivos produtivos” de uma sociedade. A incidência dos valores ético predominantes pode ser decisiva, positiva ou negativamente para o progresso econômico e social.” (Sen e Kliksberg, 2009, 306)

Por estar sujeita a controles externos extraoficiais, a empresa do século XXI se vê obrigada a prestar contas não apenas aos acionistas como acreditava equivocadamente Friedman, mas a todos os stakeholders. o que significa seus próprios funcionários, os pequenos investidores, os consumidores, a opinião pública e a sociedade civil em suas diversas representações.

Por isto a importância dos controles internos, como a ferramenta de análise de risco parametrizada, que dão o suporte gerencial para que prestem contas com transparência e efetividade, seja para autoridades públicas seja para a sociedade civil.

Em última análise, o objetivo dos controles internos e externos que se apresentou é promover um ambiente de negócios que inspire confiança e segurança, principalmente nos negócios jurídicos celebrados com o Poder Público ou regulados por ele.

CONCLUSÃO

A corrupção é um sério entrave ao desenvolvimento socioeconômico em todos os países, inclusive no Brasil, e deve ser combatida por meio de normas repressivas e preventivas. Embora tenha sido comumente objeto de preocupação nos âmbitos privados e públicos de longa data, o Brasil avançou ao aprovar a Lei 12.846/13 e a Lei 13.303/2016.

Esta iniciativa está conforme os esforços internacionais, entre eles, a Convenção sobre Combate à Corrupção da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1997), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU, 2003) e o Pacto Global (ONU, 2013).

A lei 12.846/2013 contribui tanto no aspecto repressivo, por meio na responsabilização objetiva das empresas, quanto no preventivo. Neste caso ao dispor que os programas 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, serão levados em consideração na aplicação das sanções. Tais normas tem por finalidade o engajamento das empresas para diminuir as possibilidades de corrupção.

A Lei 13.303/16 introduz o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias, traz inúmeras regras de controles internos de gestão que ajudarão a reduzir a exposição de riscos de corrupção, entre eles, destaque-se, criação de comitês de risco, auditorias e os programas de integridade.

A implementação de programas de *compliance* nas empresas privadas e estatais pode inaugurar uma mudança de cultura organizacional. Um dos caminhos para tanto é implementar nas empresas gestão por valores e condutas éticas. Ao elevar transparência e integridade à categoria de valores estratégicos para a consecução dos objetivos da companhia reduz-se os riscos de corrupção tanto em âmbito interno quanto aos negócios jurídicos celebrados com a administração pública.

Nesse contexto de gestão empresarial a metodologia de Análise de Risco Parametrizada é relevante por servir de apoio a criação de um programa de *compliance* que atenda a realidade do mercado e, especialmente, os parâmetros legais. Para tanto é fundamental a identificação dos riscos que permitem às empresas privadas e estatais um diagnóstico das áreas mais sensíveis à corrupção.

Para esta pesquisa, apresentou-se uma sugestão de Análise de Risco Parametrizada, adaptada para endereçar os riscos de corrupção empresarial. Tais ferramentas são importantes instrumentos de controle interno dos negócios jurídicos e representam importante passo para elevar o nível de transparência e integridade na gestão dos interesses públicos e privados.

A metodologia de análise contínua de riscos, baseada em critérios quantitativos e qualitativos é, atualmente, a forma eficaz de prevenir condutas de corrupção em face de negócios com a administração pública e, assim, mitigar a responsabilidade objetiva da empresa. Isto porque, além do embasamento probatório que a adoção da metodologia de análise de risco parametrizada possibilita, poderá realizar investigações internas e apurar os responsáveis por eventuais condutas antijurídicas. Desta forma afasta a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e responsabiliza, efetivamente, os colaboradores que agiram com dolo.

O controle precisa ser contínuo e documentado, pois servirá para acompanhar avanços ou retrocessos na empresa e poderá servir de prova em eventuais processos administrativos e judiciais, movidos em face da empresa.

REFERÊNCIAS

ABED, George T; Gupta, Sanjeev. In: ABED, George; GUPTA, Sanjeev (editors). *Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington, DC. International Monetary Fund, 2002.

ALENCAR, A. J., SCHMITZ, E. A. *Análise de Risco em Gerência de Projetos*. Rio de Janeiro, Editora Brasport, 2006.

ARRUDA, Maria Cecilia Coutinho de; WHITAKER, Maria do Carmo e RAMOS, José Maria Rodriguez. *Fundamentos da Ética Empresarial e Econômica*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMATUCCI, Marcos. AVRICHIR, Ilan. Teoria dos negócios internacionais e a entrada de multinacionais no Brasil de 1850 a 2008. São Paulo: RBGN Revista Brasileira de Gestão de Negócios. V10, n 28, jul/set 2008, p. 234-248.

ANDRIOLI, Antônio Inácio. Causas Estruturais da Corrupção no Brasil. Revista espaço Acadêmico nº 64. ISSN: 15196186. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/064/64andrioli.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2016.

ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco*. 2.ed. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2007.

BARBIERI, José Carlos. CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade Social Empresarial e empresa sustentável*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.

CLAD. *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

BARBOZA, Márcia Noll. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília, 2003. Disponível em: http://5ccr.pgr.mpf.mp.br/publicacoes/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf. Acesso em 10 fev. 2015.

BOBBIO, Noberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiane. São Paulo: Editora Manole.

BRASIL, Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002. Disponível em: BRASIL, Decreto 8420 de 18 De Março de 2015. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/175006740/decreto-8420-15>. Acesso em 23 de março de 2015.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm. Acesso em 07 de setembro de 2015.

BRASIL, Decreto nº 3.678 de 30 de novembro de 2000. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em 07 de setembro de 2015.

BRASIL, Convenção das Nações Unidas contra Corrupção. Controladoria Geral Da União. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu>. Acesso em 6 de setembro de 2015.

BRASIL, Lei nº 12.846 de 1 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 03 de março de 2015.

BRASIL, Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 15 de setembro de 2015.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. Revista de administração pública. Rio de Janeiro, v. 30, n. 130, jan./fev. 1996. p. 64-77. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128>. Acesso em 10 fev. 2015.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An economic approach. Journal of Political Economy, Vol. 76 (march/april). Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/259394>. Acesso em 16 de novembro de 2017.

BIEGELMAN, Martin; BIEGELMAN, Daniel R. Foreign Corrupt Practices Act *Compliance* Guidebook: Protecting your Organization from Bribery and Corruption. Nova Jersey: John Wiley & Son, 2010

CARROL, A.B. The Pyramid of Corporate Social Responsibility, p. 39-48 apud NUNES, Cristina Brandão. A ética empresarial e os fundos socialmente responsáveis. Porto: Ed. Vida Econômica, 2004, p.125.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativa, 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 524

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito comercial. Direito de empresa. Vol.1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORTINA, Adela. Ética de la Empresa: No sólo Responsabilidad Social. Revista Portuguesa de Filosofia. T. 65, Fasc. 1/4, A Civilizacao da Economia e as Respostas de Filosofia: Sobre a Pertinencia e a Praxis do Saber / Philosophy and the Sphere of Economics: Arguments for a Theoretical Praxis (Janeiro-Dezembro 2009), pp. 113-127

_____. As três idades da ética empresarial in Construir confiança: ética da empresa na sociedade da informação e das comunicações. Coord. Adela Cortina. São Paulo: Edições Loyola, 2007. p. 19-38.

_____. Ética de la empresa: claves para una nueva cultura empresarial. Madrid: Trotta, 2005.

CGU, Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Equipe Técnica: Diretoria de Promoção da Integridade, Acordos e Cooperação Internacional. Brasília, setembro de 2015.

DE LUCCA, Newton. Da Ética Geral à Ética Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DE HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. Companhia das Letras, 1995. Disponível em: http://fjm.ikhon.com.br/proton/imagemprocesso/2013/07/EC3ED65F077EA3F500E4%7Dh_s_b_de_rz_br.pdf. Acesso em 20 de março de 2015.

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. A Lei Anticorrupção. Revista Panorama Legal - Edição Especial. Maio/2014. Disponível em: http://www.ipgm.org.br/web/docs/panorama_legal_maio_2014.pdf Acesso em 10 jan. 2014.

DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

DECRETO Nº 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.

DECRETO Nº 4.410, DE 7 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".

DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

DECRETO Nº 5.683, DE 24 DE JANEIRO DE 2006. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União, e dá outras providências.

DECRETO Nº 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.

DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal.

DOLAN, Simon L. GARCIA, Salvador. Gestão por Valores. Porto: Biorumo, 2006.

DAVOODI, Hamid R; TANZI, Vito. Corruption, Growth and Public Finances. In: ABED, George; GUPTA, Sanjeev (editors). Governance, Corruption and Economic

Performance. Washington, DC. International Monetary Fund, 2002.

FILGUEIRAS, Fernando. Comunicação política e corrupção. Revista de Estudos da Comunicação, Curitiba, v. 9, n. 19, maio/ago. 2008, p. 77-87. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/05.pdf>. Acesso em 12 fev. 2015.

_____. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Revista Opinião Pública, Campinas, vol. 15, nº 2, nov. 2009, p.386-421. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/05.pdf>. Acesso em 12 fev. 2015.

_____. A Corrupção Na Política: Perspectivas Teóricas e Metodológicas. 2006.. Cadernos CEDES nº. 5. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/cadernos/cadernos%205%20%20Caderno%20Cedes%20Filgueiras.pdf>. Acesso em 13 de maio 2016.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. Porto Alegre: Ed. Globo

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

FCPA, Cláusulas anti-suborno e sobre livros e registros contábeis da lei americana anti-corrupção no exterior. Atualizada até a lei de direito público pub. L. 105-366 (10 de novembro de 1998) código federal dos eua. Título 15. Comércio e negociação (capítulo 2b - bolsas de valores). Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

FCPA Americas. Revisitando a Aplicação do U.K. Bribery Act em seu Terceiro Aniversário: Disponível em: <http://fcpamericas.com/portuguese/revisitando-aplicacao-u-k-bribery-act-em-seu-terceiro-aniversario/#sthash.VGAixTDp.dpuf>. Acesso em 07 de setembro de 2015

FERREIRA, Luis Vaz. A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: Como pode o Brasil controlar o suborno praticado por empresas Transnacionais. Tese de Doutorado da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Porto Alegre. 2015. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>. Acesso em 06 de setembro de 2015.

FRIEDMAN, Milton. "The Social responsibility of Business is to Increase its Profits", artigo publicado no jornal New York Times, em setembro de 1970. Disponível em: <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>. Acesso em 07 de janeiro de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.11, n. 42, p. 79-89, jan./mar. 2003. Tradução de Luciana Cristina de Souza.

GARCIA, Emerson. Repressão à corrupção no Brasil: entre a realidade e a utopia. Rio

de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GODINHO, Thiago José Zanini. Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Número 58 (jan./jun.2011). Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/147/137> Acesso em 05 de setembro de 2015.

HABERMAS, Jürgen. A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001

HEMLER, Olaf. The use of Delphi technique in problems of educacional innovations. Santa Mônica, Rand Corporation, 1966. Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/papers/P3499.html>. Acesso em 03 de setembro de 2015.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. Trad: Artur Morao. Coleção: Textos Clássicos de Filosofia. Universidade da Beira Interior. Covilhã, 2008.

KEMPFER, Marlene; BATISTI, Beatriz. A reforma do estado brasileiro e a Lei Anticorrupção: Estímulo a implementação dos programas de integridade empresarial. In: Revista Jurídica, vol. 02, n°. 43, Curitiba, 2016. pp.424 – 450.

LEITE, Carlos; WEIDMANN, Jens. Does mother nature corrupt? In: ABED, George; GUPTA, Sanjeev (editors). Governance, Corruption and Economic Performance. Washington, DC. International Monetary Fund, 2002.

LIMA, Alvino. Culpa e risco. São Paulo: RT, 1960.

NOHARA, Irene Patrícia. Reforma Administrativa E Burocracia. Editora Atlas. São Paulo: 2012.

MADRID, Daniela Martins. Corrupção: do patrimonialismo à “banalização do mal” por meio da violação dos direitos fundamentais. In: Publicação do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41f1f19176d38348>. Acesso em 15 fev. 2015.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARSHALL, Alfred. Princípios de Economia. Tratado Introdutório. Natura Non Facit Saltum. Volume I. Disponível em: https://disciplinas.stoa.usp.br/plugin-file.php/1308458/mod_resource/content/1/marshall%20%281996%29%20princípios%20de%20economia%2C%20vol%201.pdf . Acesso em 20 de novembro de 2016.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 04.ago.2015

MARZA, Domingo Garcia. PIZZI, Jovino (trad.) Do Diálogo à confiança na empresa. Editora Unisinos: 2004.

MARCHIONI, Guilherme Lobo. Bribery Act - 2 anos depois. Legal Ethics and Compliance News 31 de julho de 2013. Disponível em: <http://lecnews.com/novo/bribery-act-2-anos-depois/>. Acesso em 10 de março de 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUNIZ, Tânia Lobo. Reflexões sobre as relações internacionais globalizadas e as relações de consumo. In: Kempfer, Marlene e Junior, Miguel Etinger de Araujo (orgs.). Estudos em Direito Negocial & Relações de Consumo. Birigui: Editora Bore-al, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Nova Lei Anticorrupção: A Regulamentação pelos municípios e a Responsabilidade Objetiva das Empresas. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Nova%20Lei%20Anticorruptao%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Nova%20Lei%20Anticorruptao%20(1).pdf). Acesso em 10 de março de 2015.

OSORIO, Fabio Medina. Entrevista publicada na Revista Veja em 20/08/2014. Disponível em: http://www.sindusconrio.com.br/sindusletter/sindusletter_200814/n23.htm. Acesso em 10 fev. 2015.

PASCOAL, Valdecir. Direito financeiro e controle externo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PILAGALLO, Oscar. Corrupção: Entrave ao desenvolvimento do Brasil. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2013.

RIBEIRO, Marcelo Stopanovski. Reflexões sobre a Corrupção. Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI-CGU). Programa Nacional de Capacitação e Treinamento para Combate à Lavagem de Dinheiro-PNLD. Disponível em:

<http://www.esmal.tj.al.gov.br/cadastros/documentos/20071005%20PNLD%20MP%20AL.pdf>. Acesso: 08/09/2016.

SCHILDER, Arnold. Banks and the *compliance* challenges apud SANTOS, Renato Almeida dos. Prevenção e combate à corrupção no Brasil. Disponível em:

<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controle-social/arquivos/6-concurso-monografias-2011.pdf>. Acesso em 29 de janeiro de 2015.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna. In: Publicação do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>. Acesso em 15 fev. 2015.

SCHWARTZ, Mark S; CARROLL, Archie B. Corporate Social Responsibility: a three-domain approach. *Business Ethics Quarterly*, v. 13, n. 4, p. 503-530, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.462.4956&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2016

STARLING, Heloisa Maria Murgel, Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (Org.) *Corrupção ensaios e críticas*. Belo Horizonte, UFMG, 2008, p. 259.

ULPIANO. *Regularum in Digesto*. Líber, I, 10.

U.S.A, U.S. Securities and Exchange Commission. Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

U.S.A, The United States Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act of 1977. Statute. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/statutes/regulations.html>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

UK, Bribery Act 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.63.

SCHEIN, Edgar H. *Cultura Organizacional e Liderança*. Editora Atlas: São Paulo: 2009

SEN, Amartya, KLIKSBURG, Bernardo. Trad. AJZEMBERG, Bernardo e da Silva, Carlos Eduardo Lins. *As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. Editora Companhia das Letras. São Paulo: 2010

THE GLOBAL COMPACT. *Guia de Avaliação de Risco de Corrupção*. Copyright United Nations Global Compact Office.

SILVA, Felipe Gonçalves e SILVA, Nelson Ricardo Fernandes. *Manual de Planejamento e da Gestão de Riscos: Uma abordagem prática*, 2010. Editora Clube do Autor.

SROUR, Robert Henry. Poder, Cultura e Ética nas Organizações. 11ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

WILLIAMS, Raymond. Base e estrutura na teoria cultural marxista. REVISTA USP, São Paulo, n.65, p. 210-224, março/maio 2005.

WEBER, Max. Economia e Sociedade. Editora UNB. Brasília: 2009.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 04.ago.2015

SILVEIRA, Rafael Alcadipani da Silva. Michel Foucault: Poder e análise das organizações. Rio de Janeiro: Editora FGV.

SMITH, ADAM. A riqueza das nações: Investigação sobre sua natureza E suas causas. Coleção: Economistas. Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

SATO, Ademir Kyotoshi. Pequenas e Médias Empresas no Pensamento Econômico. Campinas: Unicamp (Dissertação de Mestrado em Economia), 1977. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000105148&opt=1>

TANZI, Vito; DAVOODI, HAMID. R. Corruption, Growth and Public Finances. In: ABED, George; GUPTA, Sanjeev (editors). Governance, Corruption and Economic Performance. Washington, DC. International Monetary Fund, 2002.

The Global Compact. Guia de Avaliação de Risco de Corrupção. Copyright United Nations Global Compact Office

TEIXEIRA, Tarcísio. Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. V. 4.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZANCANARO, Antonio Frederico. A corrupção político-administrativa no Brasil. Guarulhos, São Paulo – Editora Acadêmica, 1994, p. 52-53.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Organização Ética: um Ensaio sobre Comportamento e Estrutura das Organizações. RAC, v. 6, n. 2, Maio/Ago. 2002: 123-143

ANEXO I

A Tabela Referencial de Interpolação visa facilitar o cálculo e alinhar o resultado inicial com o da fórmula, permitindo que o mesmo possa ser utilizado. Por vezes, permite a transformação direta quando as estatísticas iniciais são números múltiplos de cinco.

Tabela Referencial de Interpolação

Dado Estatístico (Inicial)	Número Referencial: Histórico de Eventos (HE)
100	5
95	4,75
90	4,50
85	4,25

80	4,0
75	3,75
70	3,5
65	3,25
60	3,0
55	2,75
50	2,5
45	2,25

40	2,0
35	1,75
30	1,5
25	1,25
20	1,0
15	0,75
10	0,5
5	0,25

0	0,0
---	-----

Fonte: SILVA, Felipe Gonçalves e SILVA, Nelson Ricardo Fernandes. Manual de Planejamento e da Gestão de Riscos: Uma abordagem prática. Clube do autor, p. 65.

ANEXO II

Demonstrativo exemplificativo de Cálculo para obtenção do Índice de Vulnerabilidade.

Parâmetros para Compliance								Brasil	Brasil
1. Tecnologia									
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor		
1.1.	5	2	9	2,2	Canal de denúncias	Corporativo, disponível full time, anônimo.	1	3	6,72
							2		
						Coporativo, eventualmente a narrativa dos fatos acaba por identificar o funcionário	3		
						Inexistente	5		
1.2.	6	7	9	3,6	Monitoramento de e-mails	A empresa possui software que identifica conteúdo inadequado (texto ou anexos) e gera um alerta.	1	2	7,23
						A empresa possui um sistema que identifica conteúdo inadequado, mas não é capaz de identificar textos no corpo do e-mail.	2		
						A empresa possui uma equipe que constantemente monitora os e-mails de forma aleatória	3		
						A empresa é capaz de monitorar e-mail apenas quando existe uma suspeita e isso é feito de forma totalmente manual.	4		
						A empresa não é capaz de monitorar os e-mails.	5		
1.3.	9	10	8	4,5	Controle de acesso a sistemas (sistemas com login)	Controle rígido com baixíssima possibilidade de falha	1	1	4,48
							2		
						Ocorrem falhas	3		
						Não há controle	5		
1.4.	4	10	9	3,6	Sistema que identifica a idoneidade dos terceiros com quem se fará negócio	A empresa possui um sistema em que é possível verificar se a empresa consta no Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP e no caso de pessoas físicas se possuem condenação ou respondem por práticas de corrupção	1	3	10,67
							2		
						A empresa não possui um sistema próprio para identificação da idoneidade das pessoas físicas ou jurídicas com quem negociará, porém há uma pessoa ou departamento responsável por realizar tais levantamentos	3		
							4		
						Não há nenhum sistema ou controle de idoneidade dos contratados.	5		
									2,09

2. Capital intelectual							
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor
2.1	5	7	4	2,6	Treinamento e conscientização de colaboradores em compliance	Treinamentos trimestrais, com participação de membros da alta administração e das diversas áreas para atualização dos riscos.	1
						Treinamentos semestrais, com participação de membros da alta diretoria e das principais áreas onde se constata maior vulnerabilidade	2
						Treinamentos anuais, com participação de membros da alta diretoria e das principais áreas onde se constata maior vulnerabilidade	3
						Treinamentos bianuais com participação de membros da alta diretoria.	4
						Não há treinamento específico voltado para os riscos de compliance	5
							1
2.2	5	7	4	2,6	Treinamentos em riscos específicos da área	Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis. Os treinamentos são documentados. Há testes para verificar o aprendizado.	1
						Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis. Os treinamentos são documentados mas não há testes para apurar o aprendizado.	2
						Há treinamentos específicos para áreas relevantes, com políticas escritas descrevendo o workflow a ser adotado em situações sensíveis, mas estes não são documentados e nem há testes para apurar o aprendizado.	3
						Não há treinamentos específicos porém há políticas escritas que preveem como agir em situações delicadas.	4
						Não há treinamentos específicos nem políticas específicas.	5
							2
2.3	5	7	4	2,6	Software que pesquisa idoneidade de pessoas e empresas	A empresa possui o software	1
							2
							3
							4
						A empresa não possui o software	5
							5
							2,67
							2,60
							5,19
							12,98

3. Normas e procedimentos							2,67		
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor		
3.1	9	9	6	3,9	Existência de políticas escritas de compliance	A empresa possui política de compliance desenvolvida por profissionais altamente capacitados ou consultoria especializada e aprovada pela Presidência e Conselho.	1	4	15,72
						A empresa possui política de compliance desenvolvida por profissionais multidisciplinares capacitados ou consultoria especializada e aprovada pela Diretoria.	2		
						A empresa possui política de compliance desenvolvida por equipe multidisciplinar e aprovada pela Diretoria.	3		
						A empresa possui política de compliance desenvolvida por equipe multidisciplinar, mas não há aprovação formal.	4		
						A empresa NÃO possui política de compliance.	5		
3.2	9	9	6	3,9	Divulgação e treinamento de políticas de compliance	A empresa divulga amplamente e constantemente a política de compliance através de endomarketing, treinamentos focados, workshops ou outros meios de forma a garantir o atingimento de todos os níveis da empresa.	1	3	11,79
						A empresa divulga amplamente e em períodos específicos a política de compliance através de endomarketing, treinamentos focados, workshops ou outros meios de forma a garantir o atingimento de todos os níveis da empresa.	2		
						A empresa divulga em períodos específicos a política de compliance através de endomarketing, treinamentos focados, workshops ou outros meios de forma que grande parte das colaboradores sejam atingidos.	3		
						A empresa faz divulgações esporádicas da política de compliance através dos meios de comunicação possíveis de forma que os cargos administrativos sejam atingidos e repassem para os demais.	4		
						Não há uma divulgação efetiva da política de compliance.	5		
3.3	8	8	6	3,6	Controle da delegação e delimitação de poderes	Todos os contratos de valor e natureza acima ou diferente daqueles fixados como "usuais", deverão ser aprovados pelo Conselho.	1	2	7,27
						Todos os contratos de valor e natureza acima ou diferente daqueles fixados como "usuais", deverão ser aprovados por uma Diretoria e pelo departamento de Compliance	2		
						Todos os contratos de valor e natureza acima daqueles fixados como "usuais", deverão ser aprovados por pelo menos uma Diretoria, que não aquela em que a da área foi firmado	3		
						Todos os contratos de valor e natureza acima ou diferente daqueles fixados como "usuais", deverão ser aprovados pela coordenação e direção de área competente	4		
						Não há uma política fixando ou restringindo o controle dos contratos.	5		
3.4	9	7	9	4,1	Fiscalização de atividades expostas aos riscos de compliance	A empresa tem um departamento específico de compliance, treinado para realizar investigações internas, atuando de maneira preventiva repressiva	1	1	4,14
						A empresa tem uma pessoa encarregada pelos programas de integridade, mas a fiscalização é feita pelas áreas de risco que, se for o caso reportam ao encarregado de compliance.	2		
						A empresa possui programas de integridade, mas os riscos de compliance não são regularmente monitorados.	3		
						As atividades mais expostas ao risco de compliance são fiscalizadas apenas quando há denúncia. Não há um departamento específico responsável pela fiscalização	4		
						A empresa não fiscaliza as atividades expostas aos riscos de compliance.	5		
3.5	9	8	9	4,3	Auditorias de atividades expostas aos riscos de compliance	São feitas auditoria bimestralmente	1	3	12,98
						São feitas auditorias trimestralmente	2		
						As auditorias são feitas trimestralmente	3		
						Auditorias feitas anualmente	4		
						Não há auditorias	5		
3.6	7	5	8	3,3	Apuração de não conformidades de compliance	A identificação de não conformidades, gera uma sindicância interna da área de compliance para apuração de irregularidades, advertência e se for necessário afastamento.	1	1	3,27
						A identificação de não conformidade é reportada para área onde a falha ocorreu e cada departamento tem autonomia para tomar as decisões cabíveis	2		
							3		
							4		
						Não há uma pessoa ou departamento específico e neutro encarregada para apurar as não conformidades.	5		

3.7	4	4	7	2,4	Monitoramento de relatórios de auditoria de compliance	Os relatórios geram procedimentos investigativos internos	1	1	2,41
						Apenas os relatórios sob suspeita ou críticas são monitorados.	2		
							3		
							4		
						A empresa não produz relatórios de auditoria de compliance	5		
3.8	8	4	7	3,0	Revisão periódica dos riscos de compliance	Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são bimestralmente revistos conjuntamente	1	1	3,04
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são semestralmente revistos conjuntamente	2		
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são semestralmente revistos pela área especializada e anualmente de maneira conjunta	3		
						Os riscos e áreas de maior vulnerabilidade são revistos anualmente apenas pela área especializada	4		
						Não há uma periodicidade definida para revisão de riscos.	5		
3.9	7	4	9	3,2	Melhoria contínua do programa de compliance	A empresa investiu \$\$\$\$\$ (fixar valor de acordo com o orçamento previsto) em programas de compliance	1	2	6,32
						A empresa investiu \$\$\$\$ em programas de compliance	2		
						A empresa investiu \$\$\$ em programas de compliance	3		
						A empresa investiu \$\$ em programas de compliance	4		
						A empresa investiu \$ em programas de compliance	5		
3.10.	5	9	9	3,7	Teste de integridade com empresa terceirizada especializada	A empresa tem contrato com empresa especializada para aplicação de testes de integridade no período pré contratual e periódico	1	3	11,10
						A empresa possui contrato com empresa especializada apenas para aplicação de testes pré contratualmente	2		
						A empresa possui contrato com empresa especializada apenas para aplicação de testes periodicamente	3		
						A empresa não possui contrato para realização de testes de integridade com empresa terceirizada especializada, mas há uma previsão para que se implemente	4		
						A empresa não possui contrato para realização de testes de integridade com empresa terceirizada especializada e não há nenhuma previsão de que tal prática seja implementada	5		
3.11	5	7	7	3,1	Teste de integridade realizada internamente	O RH e área de compliance trabalham alinhados aplicando testes de integridade e dando treinamento específico para aqueles que não obtém bons resultados	0	4	12,51
						A empresa realiza testes de integridade pré contratualmente e periodicamente	2		
						A empresa realiza testes de integridade apenas pré contratualmente	3		
						A empresa realiza testes de integridade apenas com a diretoria	4		
						A empresa não realiza nenhum teste de integridade interno	5		
3.12	9	9	9	4,5	Monitoramento de legislação aplicável ao negócio	A empresa possui um software que aponta as alterações normativas e estas são verificadas pelo Departamento Jurídico e pela área pertinente	1	5	22,50
						A empresa não possui nenhuma tecnologia para monitorar alterações normativas, porém o controle é feito de maneira semanal e "manual"	2		
						A empresa não possui nenhuma tecnologia para monitorar alterações normativas, porém o controle é feito mensalmente "manualmente"	3		
						A empresa não possui nenhum software para monitorar alterações normativas, mas esta atribuição é conferida a alguma área/pessoa da empresa	4		
						A empresa não possui nenhuma tecnologia para monitorar as alterações normativas	5		
3.13	8	8	9	4,2	Auditorias de compliance	Mensais	1	1	4,16
						Bimestrais	2		
						Trimestrais	3		
						Semestrais	4		
						Anuais	5		
3.14	8	5	9	3,6	Processos de apuração de não conformidade	Investigação interna independente, contínua e unificada feita por departamento especializado	1	2	7,11
						Investigação interna pontual mediante denúncia feita por departamento especializado	2		
						Investigação interna pela área onde a não conformidade foi constatada	3		
						Cada área tem seu próprio procedimento de apuração de não conformidade, estes só são reportados em caso de ensejarem falta grave ou justa causa	4		
						Não há um procedimento definido para apuração de não conformidade	5		
3.15	7	8	9	4,0	Mapeamento contínuo dos riscos de compliance	Matriz de riscos atualizada mensalmente	1	5	19,90
						Matriz de riscos atualizada bimestralmente	2		
						Matriz de riscos atualizada trimestralmente	3		
						Matriz de riscos atualizada semestralmente	4		
						Matriz de riscos atualizada anualmente	5		
3.16	7	9	4	3,2	Análise de contrato e cláusulas de compliance	Para todos os contratos com terceiros são realizadas due diligence e há cláusula de compliance	1	4	12,63
						Nos contratos de alto valor e risco são realizadas due diligence e há cláusula de compliance	2		
						Não há due diligence de terceiros mas os contratos possuem cláusula de compliance	3		
						Há due diligence de terceiros mas não há cláusulas de compliance	4		
						Não há due diligence de terceiros e os contratos não possuem cláusulas de compliance	5		
									2,70

4. Cultura organizacional								
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor	
4.1.	9	4	9	3,4	Fomento do programa pela alta administração	A alta administração da empresa se envolve totalmente na divulgação das políticas e no fiel cumprimento de suas regras.	1	
						A alta administração da empresa se envolve totalmente na divulgação das políticas e no fiel cumprimento de suas regras, mas não se envolve na tomada de decisão.	2	
						A alta administração da empresa se envolve parcialmente na divulgação das políticas e no cumprimento de suas regras, mas não se envolve na tomada de decisão.	3	
						A alta administração da empresa pouco se envolve na divulgação das políticas cabendo às áreas de apoio o garantir cumprimento das regras.	4	
						A alta administração da empresa NÃO se envolve na divulgação das políticas e no cumprimento de suas regras	5	
							3	10,30
4.2	10	8	4	3,4	Código de Ética	O Código de Ética é distribuído a todos os funcionários, disponibilizado <i>on line</i> e anualmente são reforçadas as suas diretrizes. Os colaboradores fazem treinamentos e devem assinar termo que comprove participação.	1	
						O Código de Ética é distribuído a todos os funcionários, disponibilizado <i>on line</i> e anualmente são reforçadas as suas diretrizes, há treinamento específico mas não há como comprovar participação.	2	
						O Código de Ética é distribuído para todos os funcionários, mas não há treinamento específico	3	
						O Código de Ética fica disponível apenas <i>on line</i> .	4	
						Não há um Código de Ética.	5	
							1	3,42
4.3	7	9	4	3,2	Comite de Ética	A empresa possui um Comite de Ética com reuniões e membros fixos para o qual são encaminhadas situações em que há conflito de interesses.	1	
							2	
						A empresa não possui um comitê de ética <i>ad hoc</i> formado quando há questões sensíveis que precisam ser apreciadas	3	
							4	
						A empresa não possui um comitê de ética estruturado	5	
							5	15,79

5. Práticas sensíveis e relacionamento com autoridades e terceiros								4,31	
Item	Severidade da falha	Capacidade de proteção	Capacidade de detecção	Peso	Item avaliado	Deficiências	Valor		
5,1	6	5	7	3,0	Viagens	As viagens são relacionadas ao negócio, documentadas, de acordo com a política da empresa, os gastos são devidamente registrados, aprovados, não há extravagâncias e as despesas nunca são pagas em cash.	1	1	2,97
						As viagens são frequentes, mas há um controle rígido das despesas, há uma política bem estruturada para viagens e os gastos nunca serão pagos em cash.	2		
						As viagens são ocasionais. Há uma política acerca das viagens, mas as mesmas não exigem aprovação para disponibilização de verbas.	3		
						As viagens são ocasionais, relacionados ao negócio mas não há controle/limite acerca das despesas	4		
						As viagens são frequentes e não há nenhum controle ou aprovação acerca das despesas relacionadas a viagem.	5		
5,2	4	4	3	1,8	Presentes	A distribuição de brindes e presentes é fortemente desencorajada e vedada. Há uma política expressa sobre o tema no Código de Ética.	1	2	3,63
						Há uma política empresarial acerca da distribuição de brindes e presentes, entretanto não há controle pois os vendedores possuem certa autonomia.	2		
						O Código de Ética não dispõe acerca de brindes e presentes, porém há uma orientação realizada aos funcionários nesse sentido	3		
						O Código de Ética não dispõe acerca de brindes e presentes, nem há orientações quanto o tema.	4		
						Não há regulamentação, orientação ou controle acerca de brindes e presentes.	5		
5,3	7	6	5	3,0	Requisições e Formulários	Os acessos para formulários de requisição são restritos e necessitam de autorização.	1	1	2,97
							2		
						Os acessos para requisições são limitados e não necessitam de autorização	3		
							4		
						Os acessos para requisições podem ser feitos por qualquer funcionário.	5		
5,4	8	8	4	3,2	Negociações com Órgãos Públicos	A empresa raramente precisa negociar com órgãos públicos	1	2	6,35
						A empresa eventualmente negocia com órgãos públicos	2		
						A empresa negocia regularmente com órgãos públicos	3		
						A empresa negocia frequentemente com órgãos públicos	4		
						A empresa sempre negocia com órgãos públicos	5		
5,5	7	5	6	3,0	Compliance Officer	A empresa possui um compliance officer, com autonomia para auditar e investigar	1	1	2,97
						A empresa não possui um departamento específico de compliance, mas há um advogado ou profissional responsável pelo controle dos processos que atua de maneira independente	2		
						A empresa possui um compliance officer, mas este não é independente	3		
						A empresa possui um programa de compliance estruturado, mas não possui um compliance officer.	4		
						A empresa não possui um compliance officer e nem um programa estruturado de compliance	5		
5,6	3	2	2	1,1	Doações para Caridade e Programas Sociais	A empresa não realiza doações para caridade	1	3	3,43
						A empresa faz doações para caridade mediante aprovação do Conselho.	2		
						A empresa faz doações para caridade. Há uma política interna que regulamente estes tipos de doação, mas não há necessidade de aprovação do Conselho.	3		
						A empresa faz doações para caridade, entretanto	4		
						A empresa faz doações para caridade, os pagamentos são feitos em dinheiro sem necessidade de aprovação do conselho	5		
5,7	6	4	4	2,3	Comissões	As comissões são pagas no país e o fato motivador do pagamento deve ser detalhado e documentado	1	1	2,29
							2		
						As comissões são pagas no país e decorrentes apenas das vendas.	3		
							4		
						As comissões são pagas em contas bancárias fora do país.	5		
5,8	5	4	5	2,3	Pagamentos	Os pagamentos apenas são feitos as pessoas físicas ou jurídicas que constam no contrato. É vedado pagamento à intermediários ou pessoas que não estejam nomeadas no contrato.	1	3	6,96
							2		
						É possível que seja realizado pagamento a pessoas que não estão no contrato, somente em casos excepcionais, mediante aprovação do Departamento responsável e da área de Compliance	3		
							4		
						É possível que seja realizado pagamento a pessoas que não estão no contrato, de acordo com a necessidade do fato concreto.	5		
								2,73	