



Coordenadores

Alessandra Del Debbio

Bruno Carneiro Maeda

Carlos Henrique da Silva Ayres

Temas de Anticorrupção & Compliance

Amy Conway-Hatcher

Andres Rigo Sureda

Benjamin Klein

Bernardo Weaver

Bruce Zagaris

Cesar Atilio

Helena Regina Lobo da Costa

Jonathan Fisher QC

Juan Ronderos

Leopoldo Pagotto

Linda Griggs

Lucinda A. Low

Marlon Jabbur

Matteson Ellis

Mauricio Pepe de Lion

Michael L. Seigel

Mona Clayton

Owen Bonheimer

Pascale Helene Dubois

Paul J. McNulty

Thomas A. Doyle


CAMPUS
JURÍDICO

© 2013, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida
sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Coordenação: Oitava Rima Prod. Editorial

Revisão: Patricia Hes Spencer

Editoração Eletrônica: Mojo Design

Elsevier Editora Ltda.

Conhecimento sem Fronteiras

Rua Sete de Setembro, 111 - 16º andar

20050-006 - Centro - Rio de Janeiro - RJ - Brasil

Rua Quintana, 753 - 8º andar

04569-011 - Brooklin - São Paulo - SP - Brasil

Serviço de Atendimento ao Cliente

0800-0265340

sac@elsevier.com.br

ISBN 978-85-352-6927-7

Nota: Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação,
impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação ao nosso Serviço de
Atendimento ao Cliente, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.

Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens,
originados do uso desta publicação.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

A634

Temas de Anticorrupção e Compliance / Alessandra Del Debbio, Bruno
Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, coordenadores. - Rio de
Janeiro: Elsevier, 2013.
24 cm

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-352-6927-7

1. Corrupção administrativa. 2. Estado de direito. 3. Corrupção
administrativa - Prevenção. I. Debbio, Alessandra Del. II. Maeda, Bruno
Carneiro. III. Ayres, Carlos Henrique da Silva.

12-7834.

CDU: 342:343.35

8 CAPÍTULO

Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente

MONA CLAYTON¹

A maioria das empresas precisa, em algum momento, se relacionar de forma direta ou indireta com autoridades ou entidades governamentais. Em determinados setores, o grau de dependência para com entidades desta natureza é tão grande que se faz necessário implementar um programa de anticorrupção eficiente, o qual é fundamental para mitigar riscos reputacionais e/ou garantir a conformidade com a legislação e regulamentações.

Adicionalmente, dependendo do país em que a empresa está fazendo ou pretende fazer negócios, os riscos reputacionais e outros relacionados à corrupção são potencialmente maiores. A Transparência Internacional, organização civil que lidera a luta contra a corrupção no mundo, mapeia desde 1995 as vulnerabilidades relacionadas à

1. Mona Clayton, CPA, CFE, CFF, é Sócia da área de Forensic & Investigations Services da PricewaterhouseCoopers dos Estados Unidos e, de abril de 2009 a Setembro de 2012, esteve em intercâmbio no escritório de São Paulo. Voltando aos Estados Unidos em 2012, Mona está baseada em Miami, Florida, onde é responsável por liderar e desenvolver a prática forense na América Latina e apoiar o desenvolvimento da área no sudeste dos EUA. Mona tem mais de 20 anos de experiência na PwC auxiliando clientes com investigações e assuntos de compliance. Trabalha com advogados e promotores em processos civis e penais. Sua experiência profissional abrange contabilidade forense, compliance, investigação de fraude, FCPA, UKBA, FCPA Due Diligence, quebras de contrato, desenvolvimento de planos de conformidade, entre outras questões relacionadas a litígios. Mona tem desenvolvido e preparado materiais didáticos, conduzido seminários e apresentações em âmbito internacional e em faculdades sobre tópicos como FCPA, fraude financeira e investigação de fraude. Mona também é coautora do livro "Manual de Investigação Forense" ("A Guide to Forensic Accounting Investigation"), publicado pela John Wiley & Sons. Em 2008, Mona foi condecorada com o título "Chicago's Women to Watch", pela Crain's Chicago.

corrupção e publica anualmente em seu website o Índice de Percepção da Corrupção² (*CPI – Corruption Perceptions Index*), o qual classifica e mede a percepção da corrupção no setor público em diversos países. Anualmente, cada país recebe uma pontuação numa escala de 0-10, em que 0 (zero) significa que é visto como altamente corrupto, e 10 (dez), é que tem elevado grau de transparência. A tabela a seguir mostra a classificação do Brasil entre 2007 e 2011.

ÍNDICE DE PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO, BRASIL 2007 – 2011

Ano	Nº de Países	Pontuação	Posição no rank mundial
2011	183	3,8	73º
2010	178	3,7	69º
2009	180	3,7	75º
2008	180	3,5	80º
2007	179	3,5	72º

A título de exemplo, em 2011 o Brasil ficou em 73º entre 183 países, com uma pontuação de 3,8. Isto significa que o risco de corrupção no Brasil é considerado alto e que, conseqüentemente, a implementação e adequação dos programas de Compliance, os chamados “ABAC (*anti-bribery and corruption*) *compliance programs*”, nas empresas brasileiras e multinacionais se torna fundamental, principalmente quando levados em consideração o aumento das interações entre empresas e entidades governamentais, bem como a criação de leis anticorrupção em vários países, como é o caso do *UK Bribery Act*. Em vigor desde julho de 2011, esta legislação inovou ao trazer provisões sobre corrupção privada, passando a regulamentar inclusive as relações de caráter eminentemente comerciais.

O fato de um país ou território ser considerado de alto risco não significa que seja impossível realizar bons negócios naquela região. Quando levamos em consideração o porte, a estrutura e a estratégia de negócio adotada e, adicionalmente implementamos medidas antifraude conectadas aos riscos do negócio e alinhadas aos controles internos, passamos a lançar mão de uma poderosa ferramenta para o aprimoramento das práticas de governança corporativa e dos níveis de *Compliance* da empresa. Um programa de *Compliance* efetivo deve levar em consideração o modelo de negócio da organização e incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Estas medidas devem ter como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa.

2. http://www.transparency.org/publications/publications/other/corruption_perceptions_index_2011.

Perfil do Brasil

Ao avaliar as operações ou oportunidades de investimento no Brasil, deve-se observar:

- O Brasil é o 5º maior país do mundo, com uma população superior a 190 milhões segundo estimativas para 2012,³ mantendo também o 5º lugar como país mais populoso, ficando atrás apenas da China, Índia, Estados Unidos e Indonésia.
- O Brasil é a 6ª maior economia do mundo e a maior na América do Sul e vem ampliando gradualmente sua presença no mercado mundial.
- Possui uma economia diversificada, com ampla base industrial e papel de destaque nos setores de agronegócio, mineração, produtos e serviços.
- É autossuficiente em petróleo, líder mundial no desenvolvimento e produção de combustíveis de baixa emissão de poluentes, especialmente o Etanol.
- O Brasil obteve “grau de investimento” satisfatório de todas as grandes agências de classificação de risco.
- O país tem feito melhorias significativas nos mercados de capitais, com crescente aumento nos processos de abertura de capital (IPO) nos últimos anos.
- Em contrapartida, empresas brasileiras podem ter transações não registradas no balanço (*undisclosed off-balance sheet*), podendo resultar numa flexibilização das regras contábeis. Geralmente a qualidade do histórico de informações financeiras sobre os negócios é baixa e pode não estar de acordo com as práticas contábeis usualmente aceitas em nível internacional. Um número significativo de pequenas empresas e de negócios familiares pode requerer investimentos adicionais pós-transação para solucionar questões de governança corporativa, controles internos, integração de plataformas de TI, gestão de pessoas etc.
- Ainda há uma carga considerável de burocracia e regulação em determinados setores. Em algumas regiões e setores pode haver a prática do nepotismo: “conhecer alguém” é frequentemente mais importante do que “saber como”.
- Como perspectiva, há um mercado consumidor com grande potencial e em rápido crescimento, especialmente na classe média.
- Muitas empresas locais estão subvalorizadas e precisam de capital e tecnologia para se reestruturar.

3. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>.

Mercados Emergentes e Maturidade de *Compliance*

É importante destacar que as economias emergentes, em franco crescimento, oferecem excelentes oportunidades de negócios. Ainda que cada país possua suas peculiaridades, algumas generalizações podem ser feitas, uma vez que existem muitos desafios culturais e de negócios comuns aos BRICs e a outras economias emergentes.

Alguns riscos recorrentes e comuns:

- Falta de um modelo de conduta ética praticada pela alta administração (“*tone at the top*”), aliado a inconsistências nas ações, no comportamento e no discurso.
- Muitas empresas ainda não possuem políticas e procedimentos anticorrupção implementados e, quando existentes, a forma de comunicação não é eficaz e os treinamentos são inadequados.
- O receio de encontrar surpresas é o maior obstáculo para realizar avaliações de risco. Não é incomum que este tipo de análise seja vista como mera formalidade e não como forma de se obter uma avaliação consistente do negócio. Em alguns casos, essa avaliação é feita por profissionais que desconhecem as sutilezas envolvidas no processo e são tecnicamente incapazes de analisar com propriedade alguns tipos de risco.
- As *Due Diligences* podem ser realizadas de forma incorreta ou sequer serem realizadas. E quando realizadas podem ser motivadas mais pelas necessidades do negócio do que pela ameaça representada pelos riscos.

Embora estes riscos genéricos possam ser encontrados em empresas de economias desenvolvidas, eles são comprovadamente mais frequentes em mercados emergentes.

A conscientização sobre *Compliance* está avançando no Brasil

A conscientização sobre a importância do *Compliance* anticorrupção vem aumentando significativamente nos últimos anos. Isto se deve a uma série de fatores, dentre eles a crescente relevância global da economia brasileira e o aumento do investimento estrangeiro direto. No entanto, mesmo com a velocidade em que as mudanças estão acontecendo, ainda há um *gap* na cultura de *Compliance* do país em comparação com mercados maduros.

A adoção de políticas e procedimentos específicos anticorrupção ainda é pouco usual nas empresas brasileiras e a relativa falta de avaliação de riscos pode estar relacionada ao receio de serem encontradas surpresas. É comum que a ameaça de corrupção não esteja incluída na avaliação de riscos operacionais. E, geralmente, também não está contemplada nas políticas de avaliação de riscos e controles internos que foram implementadas há poucos anos pelas grandes empresas em decorrência da *Lei Sarbanes-Oxley (Sox)*.

Entretanto, a realização de Due Diligences anticorrupção é uma tendência que vem ganhando corpo entre as multinacionais quando em análise de potenciais investimentos no Brasil. Com a entrada em vigor do *UK Bribery Act*, muitos investidores corporativos sediados no Reino Unido e fundos de private equity implementaram a realização de Due Diligences anticorrupção. Esta prática também está sendo adotada por empresas estrangeiras ao contratar apoio em território brasileiro, como agentes ou representantes. Como são entidades sujeitas à lei britânica, estas precisam incorporar esses novos procedimentos exigidos pela lei, uma vez que sempre vai existir o potencial risco de os intermediários estarem envolvidos em atos de corrupção. Mesmo não estando diretamente sujeitas, algumas empresas estão preventivamente incorporando aspectos da Lei em seus programas de *Compliance*.

A cultura anticorrupção ainda não está difundida no Brasil. No entanto, é notório que isto está mudando. Há diversas iniciativas governamentais colocando o tema em foco na mídia e em discussão entre o público em geral. Este tema se mantém em voga exatamente porque ainda se pode observar que o monitoramento e análise de risco de corrupção nas empresas locais é praticamente nulo e inexistente a compreensão sobre a diferença entre controles internos rigorosos capazes de mitigar riscos e o monitoramento regular das atividades de negócio. O monitoramento do risco de corrupção é, inclusive, raramente levado em consideração na definição do escopo de auditoria interna das empresas.

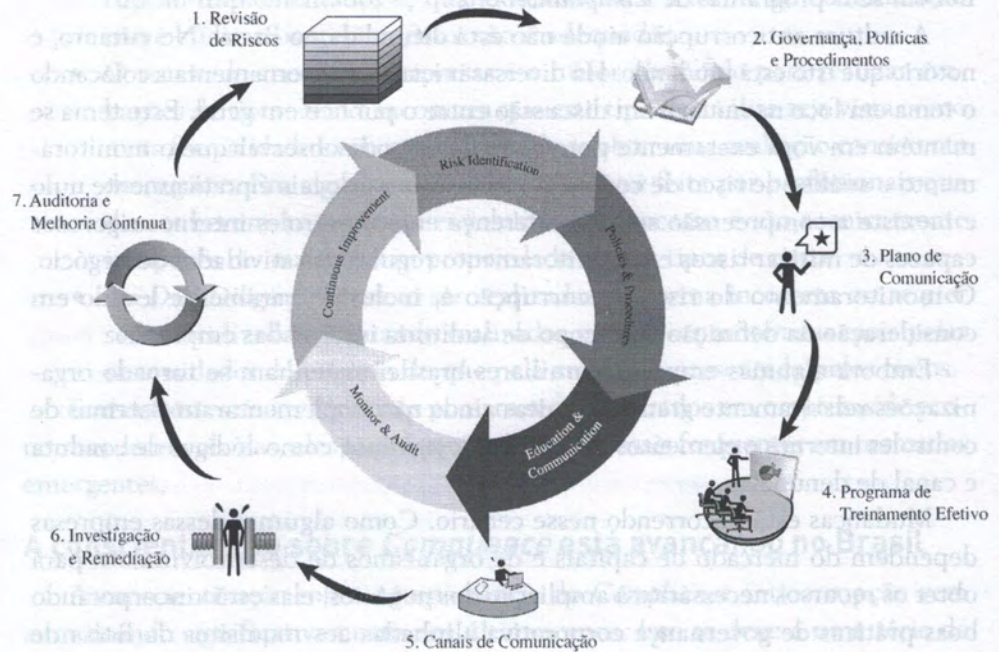
Embora algumas empresas familiares brasileiras tenham se tornado organizações relativamente grandes, muitas ainda não implementaram sistemas de controles internos e elementos básicos de *Compliance*, como códigos de conduta e canal de denúncias.

Mudanças estão ocorrendo nesse cenário. Como algumas dessas empresas dependem do mercado de capitais e de organismos de desenvolvimento para obter os recursos necessários à ampliação dos negócios, elas estão incorporando boas práticas de governança corporativa alinhadas aos requisitos da Bolsa de Valores e órgãos de financiamento. A preocupação com os níveis de governança corporativa tem crescido significativamente no Brasil durante a última década, no entanto ainda há espaço para melhorias.

Com dois grandes eventos esportivos prestes a serem realizados (Copa do Mundo da FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016), juntamente com a descoberta de grandes reservas de petróleo no Rio de Janeiro, vários projetos de infraestrutura estão em desenvolvimento. Assim como a crescente interação entre as empresas e o governo, o processo de licitação para estes projetos exige requisitos básicos para a participação de empresas locais. Em consequência, empresas que desejam fazer negócios no Brasil podem se sentir pressionadas a se associar a organizações locais, sem realizar uma *Due Diligence* necessária para verificar se

elas têm condições de cumprir as leis e regulações anticorrupção aplicáveis. A pressão pode se dar de várias formas e a exigência de possuir conteúdo local para atender as regras do edital de concorrência é uma delas. No entanto, grandes empresas estão se preparando antecipadamente e implementando processos de Due Diligence em tempo hábil para participar das licitações.

As empresas devem estabelecer políticas consistentes antipropina e de Compliance, e as áreas de controles internos devem assegurar que seus empregados ajam de acordo com elas. Como os relacionamentos são muito importantes no Brasil, deve ser implementada uma política para assegurar que as interações profissionais sejam de conhecimento do "board" e que conflitos de interesses, assim como as partes envolvidas, sejam relatados e monitorados.



O papel do contador forense

Conforme mencionaremos a seguir, dois dos três tópicos previstos na FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) dizem respeito a questões relacionadas à contabilidade – Livros e Registros Contábeis e Controles Internos, exigindo maior responsabilidade dos contadores forenses nas investigações de FCPA. Contadores forenses podem desenvolver uma considerável gama de serviços para seus clientes, incluindo:⁴

4. Thomas W. Golden, Steven L. Skalak, Mona M. Clayton, and Jessica S. Pill, *A Guide to Forensic Accounting Investigation*, 2nd ed. (Hooker: John Wiley & Sons, 2011), 537.

- Avaliação de Risco de Corrupção.
- Planejar, implementar e avaliar programas anticorrupção e de Compliance com o FCPA.
- Investigações forenses transnacionais.
 - Due Diligences/Inteligência corporativa.
 - Desenvolver e aplicar treinamentos globais anticorrupção.
 - Assessorar o monitoramento independente de programas anticorrupção.⁵

FCPA: Provisão de Livros e Registros contábeis⁶

Preparar e manter livros, registros e contas com os detalhes necessários para refletir de forma fiel as transações e alienação de ativos. No que tange à previsão legal sobre livros e registros, é importante ressaltar:

- Grau de detalhamento suficiente para satisfazer aqueles que, eventualmente, venham a conduzir uma investigação com base nos preceitos de FCPA.

FCPA: Provisão de Controles Internos⁷

Criar e manter um sistema de controles internos de contabilidade eficaz, que garanta o registro apropriado das transações, de acordo com as normas e regulamentações. No que tange aos controles internos, é importante observar:

- Estes requisitos relacionados aos controles internos não são equivalentes aos da Seção 404 da *Lei Sarbanes-Oxley de 2002* ("SOX"). A Seção 404 da SOX exige que as empresas inscritas na SEC estabeleçam e mantenham uma estrutura adequada de controles internos e procedimentos, com o objetivo de auxiliar na detecção material de distorções, enquanto que a FCPA não considera a materialidade de uma transação. Sob o ponto de vista da FCPA, as transações devem ser registradas de acordo com sua verdadeira natureza, ou seja, brindes para clientes não devem ser registrados como custos de marketing, e os pagamentos de facilitação para desembaraço aduaneiro devem ser registrados como tal e não inseridos no custo das mercadorias vendidas. Uma empresa que não possui implementados controles eficientes dos pagamentos poderá enfrentar sérias implicações de FCPA e terá dificuldade em justificar se seu sistema era adequado para prevenir os erros materiais (*material errors*) em relatórios financeiros.

5. Ibid.

6. Apenas aplicável a registrados na SEC.

7. Apenas aplicável a registrados na SEC.

- Os controles internos requeridos pela FCPA não são equivalentes às certificações periódicas da Seção 302 da SOX. A Seção 302 da SOX exige que o principal executivo e o diretor-financeiro das empresas registradas na SEC (*Securities and Exchange Commission*) certifiquem anualmente ou trimestralmente que:
 - O relatório seja revisado pela diretoria.
 - O relatório não contenha distorções ou omissões de fatos relevantes.
 - As demonstrações e informações financeiras reflitam fielmente a atual situação financeira da empresa e o resultado das operações.
 - A diretoria esteja exercendo sua responsabilidade em estabelecer e manter os controles internos, e que avaliem e apresentem relatórios sobre a eficácia dos controles internos no prazo previsto de 90 dias.
 - Os executivos relatem ao comitê de auditoria e aos auditores quaisquer deficiências e/ou vulnerabilidades nos controles internos, fraudes envolvendo a administração ou outros empregados que tenham envolvimento relevante com os controles internos.
 - O relatório inclua quaisquer mudanças significativas nos controles internos ou outros fatores que o afetem.
- O não cumprimento das normas de prestação de contas dos controles internos requeridos na FCPA pode acarretar em violação do cumprimento da Seção 302.⁸

Avaliação de risco de corrupção

Contadores forenses podem ser solicitados por suas empresas ou por seus advogados externos a realizarem uma avaliação de risco de corrupção. O papel do contador forense pode ser o de conduzir esta avaliação de risco ou prestar assistência ao trabalho realizado por funcionários da empresa ou profissionais externos. Os aspectos a seguir devem ser considerados neste processo:⁹

- As regiões de alto risco onde a empresa atua.
- Se a empresa possui relacionamento com funcionários do governo.
- Obter informações complementares por meio de conversas com pessoas que desempenhem funções-chave na empresa.
- Entender o tipo de negócio da companhia e a conduta de suas subsidiárias em cada região.
- Se o modelo de negócio inclui projetos de grande escala, licitações ou contratos de longo prazo.

8. Thomas W. Gordon, Steven L. Skalak, Mona M. Clayton, and Jessica S. Pill, 530.

9. *Ibid*, 537.

- Identificar os processos e controles, as práticas de vendas usadas para fazer negócios ou fechar contratos nas diversas áreas de atuação.
- Avaliar a escala, o volume de negócios e as vendas nas diversas regiões.
- Analisar toda a informação pública disponível relacionada à percepção de risco e de corrupção nos departamentos (TI, por exemplo).
- Entender o modelo de negócios, incluindo clientes, prática de negócios e normas regulatórias em cada região.
- Avaliar a utilização de agentes de vendas, consultores, intermediários e/ou representantes.
- Entender as regras de Compliance e funções da auditoria interna local.
- Verificar se há planos de aquisição ou *joint ventures*.
- Inserir regras para oferecer/receber presentes, viagens ou convites para eventos de entretenimento.
- Verificar as partes relacionadas e os tipos de produtos e serviços prestados por eles.
- Avaliar a política local no que tange às ações e práticas de vendedores e fornecedores e atividades registradas nas contas consideradas sensíveis.
- Avaliar a adequação dos controles de contas bancárias e os reembolsos em cada unidade.

Além dos aspectos mencionados, é necessário fazer um trabalho de inteligência corporativa por meio de pesquisa em bancos de dados públicos. No caso de uma aquisição, deve ser traçado o perfil da empresa alvo, de seus executivos e/ou de outros profissionais que exerçam funções relevantes. Há diversas fontes de informações públicas que podem ser usadas para compilar os perfis, desde veículos de mídia internacional até sites brasileiros que publiquem informações relevantes. As pesquisas são normalmente feitas em inglês e no idioma local.

Anticorrupção/Programa de Compliance de FCPA

Com base na avaliação de risco realizada pela equipe de contabilidade forense e/ou pela equipe da empresa, os contadores forenses podem ser solicitados a realizar uma revisão de Compliance para locais específicos ou para diferentes entidades de negócios/divisões. A revisão pode ser limitada a um local, país ou unidade de negócios, dependendo dos resultados da avaliação dos riscos e das necessidades e solicitações do cliente. A revisão também pode ocorrer simultaneamente com a avaliação de risco, como também a equipe de contabilidade forense poderá participar da auditoria interna da empresa e/ou consultoria externa para auxiliar na avaliação de risco e identificar se programas de Compliance precisam ser implementados ou melhorados. Procedimentos a serem executados durante uma revisão deste tipo podem incluir:

- Reuniões com pessoas-chave da empresa em suas respectivas localidades/unidades de negócio.
- Revisão de políticas e procedimentos pertinentes.
- Identificação de eventuais desvios de política.
- Avaliação da área de Compliance e auditoria interna da organização.
- Revisão do plano de contas e recebimentos/pagamentos envolvendo as contas sensíveis.
- Obtenção de entendimento das contas bancárias/contas de fundo fixo utilizadas em diversos procedimentos de tesouraria.
- Performar *walk-troughs*, quando necessário.
- Entendimento dos processos de fornecedores e os respectivos processos de pagamento.
- Revisão dos vários contratos e pagamentos realizados a consultores externos ou agentes de vendas.
- Revisão dos contratos/acordos de projetos-chave/contas-chave com entidades governamentais.
- Análise da estrutura societária e influência de *joint ventures* e parcerias empresariais.
- Concluir sobre o trabalho realizado e propor próximos passos para a empresa e/ou consultor externo.

Ao analisar um programa de *Compliance* da empresa, os nove elementos seguintes devem ser considerados em um programa robusto de *Compliance* e anticorrupção:

- Governança.
- Níveis de delegação.
- Mecanismos disciplinares.
- Padrões e procedimentos do programa de *Compliance*.
- Comunicação e treinamento.
- Políticas e procedimentos.
- Relacionamento com terceiros.
- Monitoramento, auditoria e relatórios.
- Melhoria contínua.¹⁰

A ilustração a seguir demonstra a relação dos elementos básicos de uma estrutura anticorrupção.

10. *Ibid*, 537-538.

Do you know your ABC? 11

Elements of an anti-bribery compliance framework



A avaliação de risco de suborno deve ser realizada periodicamente a fim de garantir que os procedimentos existentes continuem sendo eficazes.

Áreas Sensíveis de Conformidade

Como parte das atividades do contador forense, algumas transações devem ser selecionadas a partir das contas sensíveis, analisando-se sua respectiva documentação suporte. A análise de procedimentos internos pode ser utilizada para selecionar as transações, focando-se as seleções em particularidades da indústria e da região. Deve-se, complementarmente, realizar pesquisas em fontes de dados abertas, públicas ou privadas, como o chamado “Corporate Intelligence” para se descobrir se a pessoa/entidade objeto da pesquisa teria sob seu nome qualquer passivo financeiro, legal, reputacional, etc., enquanto descobertas mais aprofundadas podem ser obtidas através de testes de transações, tais como o “transaction analysis”.

Em razão da burocracia existente no Brasil não é incomum que parte da documentação suporte selecionada para teste não seja entregue. Em alguns casos, essa documentação sequer existe, o que evidencia um sistema de controle interno fraco e, conseqüentemente, falta de transparência contábil.

11. Pricewaterhousecoopers, *Responding to the UK Bribery Act 2010* (2011).

Embora existam diversas áreas de risco e transações a serem consideradas em uma avaliação anticorrupção, principalmente quando consideradas as particularidades de cada setor ou negócio de atuação, algumas das transações tipicamente utilizadas são:

ÁREAS SENSÍVEIS PARA COMPLIANCE	
Transações de vendas, especialmente envolvendo empresas estatais ou sociedades de economia mista.	Movimentação de produtos, como atividades de importação e exportação.
Obtenção de licenças, autorizações, aprovações de autoridades regulatórias e agilização de burocracias. Por exemplo, utilização de "despachantes".	Negociação de impostos, obrigações etc.
Outros negócios realizados com o governo, incluindo concessões de serviços públicos. No Brasil, há uma série de concessões de serviços públicos, como cartórios, com uma grande gama de funções, incluindo o registro de imóveis.	Despesas com presentes, viagens, ingressos para eventos e outros tipos de cortesia.
Patrocínios a determinadas atividades de marketing.	Associações de classe.
Honorários de advogados.	Transações com bancos de desenvolvimento, principalmente aquelas assistidas por terceiros para auxiliar com a burocracia.
Contabilidade, tributos e outros serviços terceirizados.	Doações a entidades de caridade e a políticos, incluindo doações para a polícia e corpo de bombeiros.
Determinadas atividades de Responsabilidade Social Corporativa.	Lobby. Pela legislação brasileira, lobby não é uma atividade legalizada.
Uso de intermediários, incluindo agentes de vendas, consultores e representantes.	Partes relacionadas.
Joint ventures.	Consórcios.
Fusões e aquisições.	Uso dos ativos da empresa por terceiros.
Comissões e incentivos.	Despesas diversas.
Despesas com treinamentos.	Honorários de palestrantes de conferências e seminários.
Despesas de distribuição	

A seção abaixo apresenta as descrições de áreas consideradas sensíveis para Compliance.

Presentes e entretenimento

Conhecer a pessoa certa pode fazer a diferença, principalmente em países em desenvolvimento. Essas relações podem influenciar decisões e ser usadas para obter vantagens ou até mesmo para conseguir um contrato. Presentes e entretenimentos oferecidos podem configurar conflitos de interesses não declarados ou gerar percepção de que há conflito de interesse.

Estabelecer um contrato com um agente de vendas que possui influência no meio político pode, definitivamente, trazer benefícios. Entretanto, efetuar pagamentos para agentes de vendas com esse tipo de influência pode

apresentar um risco de violação de FCPA, uma vez que esses pagamentos podem ser vistos como um benefício indireto para um funcionário público em decorrência do relacionamento próximo existente entre eles. Por exemplo, na China, manter “guanxi” (relacionamento) é muito importante; e parte do fato de manter “guanxi” envolve o oferecimento de presentes, o que poderia ter implicações de FCPA.

Os seguintes aspectos podem ser levados em consideração na elaboração de políticas de presentes e entretenimentos:

- A empresa possui política implementada para o recebimento de presentes, viagens e ingressos para eventos?
- A empresa ministra treinamentos sobre este assunto?
- A empresa controla e monitora os presentes e cortesias oferecidos e aceitos?
- A empresa mantém registro dos presentes e cortesias recebidos para garantir transparência?
- A empresa possui procedimentos transparentes, níveis de aprovação e registros rigorosos relacionados à organização de viagens ou de despesas de viagens para seus representantes?

Altas comissões não usuais

É comum as empresas contratarem representantes para aumentar sua penetração no mercado internacional. Entretanto, se as comissões cobradas por esses representantes forem significativamente maiores do que as de outros fornecedores ou do que as praticadas no mercado, isso pode ser configurado como um indício de pagamento de propina ou de suborno por parte do representante. Por exemplo, no caso *United States v. Misao Hioki*,¹² Mr. Hioki foi considerado culpado por aprovar pagamentos ilegais para funcionários de governos estrangeiros por meio de representantes de vendas locais (a título de comissão) para fechar negócios.¹³

- As comissões são pagas em contas bancárias fora do país?
- As comissões são oriundas de uma venda?
- A taxa da comissão paga é diferente da que consta em contrato?
- O pagamento está sendo feito para uma pessoa física ou jurídica diferente da que consta no contrato?
- Algum funcionário público indicou um intermediário a ser utilizado para fazer negócios com o governo?

12. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f240400/240474.htm>.

13. Thomas W. Gordon, Steven L. Skalak, Mona M. Clayton, and Jessica S. Pill, 543.

Pagamentos a pessoas indicadas por terceiros

O fato de um terceiro solicitar que o pagamento seja feito a outra pessoa que não a ele mesmo, deve ser encarado com cautela. Em vários países é comum que funcionários de empresas públicas peçam propina (o que viola a FCPA) e solicitem que o pagamento seja feito a terceiros. Um exemplo dessa conduta seriam os clientes que pagam valores superiores ao discriminado na nota fiscal e pedem que o reembolso (supostamente propina) seja feito sob suas instruções.¹⁴

Licenças e autorizações

Licenças e autorizações, cujos valores são geralmente baixos, podem ser consideradas como itens “imateriais”. Como não há materialidade para FCPA, ao contrário do que ocorre numa auditoria financeira, pagamentos de licenças e autorizações podem ser negligenciados. No Brasil, é comum valer-se de “despachantes” para auxiliar e agilizar a rotina burocrática com órgãos do governo. Esses profissionais intermediam desde desembarços aduaneiros até a obtenção de vistos e podem ser especializados em determinados processos ou transações. Procure conhecer bem o intermediário ou despachante e saber como ele se relaciona com funcionários ou órgãos do governo quando estiver agindo em favor da empresa.

Seguem alguns aspectos relevantes a serem observados nas faturas desse tipo de serviço:

- I. Inclusão de despesas diversas sem as devidas justificativas.
- II. Pagamento de encargos não justificados, em valores “redondos”.
- III. Reembolso de despesas não previstas no contrato sem justificativa ou comprovação por meio de recibo.

Essas situações podem ser indícios de pagamentos de propina para funcionários do governo. Por exemplo, no caso *United States v. Aibel Group, Ltd.*,¹⁵ Aibel Group confessou ter combinado com outras empresas o pagamento de aproximadamente US\$ 2.1 milhões para agentes aduaneiros nigerianos para que tivessem prioridade no processo de desembarço. Os pagamentos ilegais foram feitos por meio de uma das grandes empresas internacionais de frete e desembarço aduaneiro.

- Quais licenças a empresa possui ou precisa obter?
- Quais os serviços realizados pelos “despachantes”?
- Foram realizadas pesquisas e busca de referências sobre os funcionários e intermediários que interagem com o governo?

14. Ibid.

15. <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2008/November/08-crm-1041.html>

- A relação dos intermediários com funcionários do governo se dá de maneira transparente e de acordo com as regras e regulação aplicáveis?

(*Facilitation payments* é proibido no Brasil. Qualquer referência a eles deve ser retirada.) Que tipos de pagamento estão sendo feitos para facilitar ou agilizar processos ou serviços? Via de regra, esse tipo de pagamento é considerado ilegal no Brasil e também não é permitido na maioria dos países.

Doações

Um aspecto interessante a respeito das doações a partidos políticos no Brasil é que elas podem ser comparadas e conciliadas com as informações divulgadas pelo órgão competente (TSE – Tribunal Superior Eleitoral). Não é raro encontrar discrepâncias entre as informações públicas e as contidas nos registros da empresa, o que sugere falta de transparência nos registros contábeis. Em vários casos envolvendo FCPA, o registro de uma doação foi o que motivou a realização de uma investigação mais profunda.

É comum as empresas fazerem doações a partidos políticos ou candidatos em época de eleições. Algumas companhias costumam doar para candidatos de diferentes partidos políticos. Em alguns setores, é recomendável fazer uma avaliação mais aprofundada do candidato para verificar se teve participação crucial na defesa de leis que beneficiaram o setor ou a empresa. Se uma empresa ou seus executivos têm envolvimento numa associação setorial ou órgão de classe, é importante verificar as doações a partidos ou políticos feitas por essa entidade para saber se os candidatos apoiam projetos de lei favoráveis à associação. Há também situações em que lobistas fazem “doações” às entidades de classe, que, por sua vez, é quem os representa informalmente na articulação dos seus interesses junto a determinado candidato, o qual pode influenciar a aprovação de uma lei ou regulamento que lhe beneficia.

Políticas e procedimentos devem ser adotados de forma a dar transparência ao processo de escolha do partido ou organização, bem como a aprovação e destinação dos recursos.

Doações filantrópicas para ONGs (Organizações Não Governamentais), assim como para municípios, em alguns casos, podem ser uma forma de canalizar dinheiro para alguém que ocupe um cargo responsável por decidir ou aprovar um contrato ou pode levar a um conflito de interesse não declarado ou mesmo um aparente conflito de interesses.

Os seguintes fatores podem ser levados em consideração na elaboração da política de doações:

- Sua empresa possui controles e procedimentos para garantir que os registros das doações sejam claros, precisos, justificáveis e rastreáveis?
- A empresa realizou *Due Diligences* para conhecer melhor a entidade beneficiada pelas doações?
- As doações filantrópicas ou para partidos políticos são registradas como tal?
- A empresa presta serviços a partidos políticos ou candidatos? (Ex.: cede espaço de trabalho, impressão, recepcionista, cópias, ações de marketing, etc.)
- Sua empresa formaliza as doações filantrópicas em contrato, explicitando o valor, a qualificação completa do donatário e condições de pagamento?
- As doações são feitas diretamente ao beneficiário ou por meio de intermediários?
- Algum cliente, fornecedor ou terceiro indica as entidades que devem receber doações, como parte dos negócios realizados?
- As contribuições políticas ou filantrópicas são feitas de acordo com as leis locais, FCPA e *UK Bribery Act* aplicáveis?

Existem impedimentos legais que proibam ou restrinjam as doações por parte de sua empresa? Observações complementares relativas a patrocínio:

- Existem políticas e procedimentos para patrocínio na sua empresa?
- O patrocinado é submetido a processo de *Due Diligence*?
- Os patrocínios feitos pela empresa são devidamente formalizados em contrato? Se forem, as obrigações estão de acordo com as regras e regulamentações locais?
- O contrato de patrocínio contém os dados bancários do beneficiário, sua qualificação legal e todos os detalhes sobre os valores e o destino dos pagamentos?
- Os pagamentos de patrocínio podem ser rastreados? Eles são devidamente registrados, a fim de garantir sua transparência?
- Sua companhia arquiva comprovações da realização do evento e do que é patrocinado?

Partes Relacionadas

As partes relacionadas podem ser úteis e essenciais. Se fornecerem produtos ou serviços com valores inferiores aos do mercado, convém verificar os termos e condições existentes entre as partes. Frequentemente, não há acordos formais com as partes relacionadas e os pagamentos são feitos sem fatura ou documentação, o que indica uma falta de controle adequado em comparação com as transações envolvendo outros fornecedores.

Às vezes, é difícil identificar as partes relacionadas ou ter certeza de que todas elas são devidamente divulgadas. Usar recursos de inteligência corporativa ou pesquisar em bancos de dados públicos para identificar todas as partes relacionadas a uma pessoa ou empresa permite obter informações adicionais para dar suporte à avaliação.

Se dados eletrônicos forem obtidos e uma análise destes dados for realizada, informações de outras partes relacionadas também podem ser reveladas:

- As partes relacionadas estão sujeitas aos mesmos requerimentos legais da empresa?
- Existem contratos com as partes relacionadas?
- Todas as partes relacionadas foram identificadas/divulgadas?
- São prestados serviços com valores inferiores aos praticados no mercado?
- Se houver uma aquisição, estes serviços continuarão sendo oferecidos por valores inferiores aos praticados no mercado?
- As faturas das partes relacionadas são transparentes com descrições adequadas dos serviços prestados?
- No que tange aos prestadores de serviços, especialmente aqueles que têm equipes alocadas ou são responsáveis pela terceirização integral ou substancial de um processo de negócio, existem controles adequados relativos à concessão de privilégios e acesso a informações, sistemas e ativos?

Serviços legais

A análise de risco relacionada à prestação de serviços legais deve se concentrar em verificar se um escritório de advocacia está supostamente fornecendo um “serviço” que na realidade serve para pagar um terceiro, encobrendo algum tipo de processo potencialmente ilícito. Normalmente, esses pagamentos não são visíveis nas faturas. No âmbito da legislação anticorrupção, os intermediários, incluindo escritórios de advocacia, podem causar problemas de *Compliance* para as empresas se estiverem executando ou apoiando esses tipos de transação. Os serviços legais devem ser objeto de contrato e os dados de faturamento devem ser transparentes.

Considerações finais

Os tratados de anticorrupção variam de grandes e complexos (com múltiplas jurisdições) a pequenos e simples. Entretanto, independentemente de seu escopo, eles devem ser endereçados com alto grau de profissionalismo e experiência porque as potenciais consequências para empresas e clientes estão se tornando cada vez mais severas à medida que os órgãos regulatórios internacionais redobram

esforços para erradicar ou prevenir a corrupção. O contador forense tem um papel fundamental nesta área, pois muitos dados da contabilidade, do registro contábil e dos controles estão frequentemente no centro das investigações e, de fato, duas de cada três violações comuns são de natureza contábil.¹⁶

Glossário

1. Índice de Percepção da Corrupção (página 01): http://www.transparency.org/publications/publications/other/corruption_perceptions_index_2011.
2. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (página 02): <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>.
3. Caso Schnitzer Steel Industries (Página 15): <http://www.sec.gov/litigation/admin/2006/34-54606.pdf>.
4. Caso United States v. Misao Hioki (Página 15): <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f240400/240474.htm>.
5. Caso United States v. Aibel Group, Ltd,¹⁷ Aibel Group (Página 16): <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2008/November/08-crm-1041.html>.
6. *A Guide to Forensic Accounting Investigation*, 2nd ed. (Hooken: John Wiley & Sons, 2011), 537.

Outras fontes

1. *Doing Business and Investing in Brazil*.
2. *Doing Reais in Brazil*.
3. *Responding to the UK Bribery Act 2010*.

Reconhecimentos

Agradeço minhas colegas particularmente as contribuições da Juliana Breno; adicionalmente Daniel Jung, Elisa Mayor, Leonardo Lopez, Murilo Gomes e Rodrigo Azeredo pelo auxílio na tradução e edição deste artigo.

Partes Relacionadas

16. Thomas W. Gordon, Steven L. Skalak, Mona M. Clayton, and Jessica S. Pill, 546.
17. <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2008/November/08-crm-1041.html>

Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais

BRUNO CARNEIRO MAEDA

1. Introdução

*Prevenção
Detecção
Remediação*
O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da criação e implementação, no âmbito das empresas, de mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e remediação de condutas ilícitas, bem como seus elementos essenciais.

Trata-se dos chamados programas de *Compliance*, terminologia que vem sendo adotada de modo geral para designar os esforços adotados pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às suas atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa.

Embora a terminologia *Compliance* se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas, o foco do presente artigo será, em linha com o escopo central desta publicação, a criação e a implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados ao combate à corrupção.²

1. Sócio do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados. Coordenador da Comissão Anticorrupção e *Compliance* do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP). Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela London School of Economics and Political Science. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.

2. Não trataremos, neste artigo, de questões relacionadas a *Compliance* em outras áreas do direito (e.g., *Compliance* antitruste ou regulatório) ou a setores sujeitos à regulamentação específica, como é o caso da indústria de serviços financeiros. Vale notar, no entanto, que muitos dos elementos essenciais que serão tratados neste artigo são comuns à criação e implementação de programas de *Compliance* em um sentido mais amplo, voltados à promoção da integridade e ética corporativas de modo geral.

Após tratarmos da importância da existência de programas de *Compliance* como fator mitigador de riscos e de responsabilidade sob o ponto de vista das principais legislações internacionais na área de anticorrupção, delinearemos os principais elementos reconhecidos como essenciais para que um programa de *Compliance* seja considerado efetivo. A abordagem adotada no presente artigo será essencialmente de ordem prática, visando a servir como ferramenta de apoio para a identificação de melhores práticas na criação e implementação de programas de *Compliance* adequados ao âmbito das empresas. Não é nossa pretensão que este artigo tenha a característica de um artigo científico ou que esgote a discussão acerca das medidas que podem ser adotadas em um programa de *Compliance* anticorrupção. Também não pretendemos que os elementos trazidos neste artigo se apliquem de forma uniforme a todas as empresas e contextos. Não existe fórmula única, já que, para ser efetivo, é fundamental que o programa de *Compliance* seja desenvolvido e adaptado de modo a endereçar de forma apropriada e proporcional o nível de risco e as peculiaridades de cada ramo de atividades e de cada jurisdição em que a empresa opera, bem como outros fatores únicos de cada organização.

Cada
empresa
tem
um
compliance
único

2. A importância de programas de *Compliance* em matéria de Anticorrupção

Nos últimos anos, o tema *Compliance*, especialmente em matéria de anticorrupção, tem figurado no topo da lista de prioridades de grande parte das empresas, particularmente daquelas com operações multinacionais. Investimentos significativos têm sido realizados no desenvolvimento de estruturas e programas de *Compliance* voltados à prevenção e à detecção de desvios de conduta, bem como na remediação de eventuais problemas identificados.

Prevenção
Detecção
Remediação

Mais do que o reconhecimento do papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo e competitivo pautado por princípios éticos e de integridade, este movimento crescente e de tendência irreversível foi impulsionado, ao menos em um primeiro momento, pela aplicação rigorosa de legislações anticorrupção ao redor do mundo, particularmente nos Estados Unidos.

Como abordado em outros capítulos desta publicação, esse movimento se fortaleceu na última década, especialmente em decorrência da aplicação rigorosa e agressiva nos Estados Unidos do *Foreign Corrupt Practices Act* ("FCPA") pelo *Department of Justice* ("DOJ") e pela *U.S. Securities & Exchange Commission* ("SEC"), bem como da disseminação de importantes convenções internacionais de combate à corrupção, com destaque para a Convenção sobre o Combate da

Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (“Convenção da OCDE”).³

O movimento de endurecimento do combate à corrupção em nível internacional tem se refletido na criação de novas legislações em diversos países, com destaque para o Reino Unido, com a sua Lei Anticorrupção de 2010 (“*UK Bribery Act*”), considerada uma das legislações mais fortes do mundo e aplicável não somente ao suborno de funcionários públicos mas também no setor privado. Na América Latina, destaca-se a aprovação recente da lei anticorrupção do México, com sanções significativas e alinhada às principais convenções internacionais.⁴

De fato, as consequências trazidas a pessoas físicas e jurídicas pelo descumprimento de legislações anticorrupção têm sido cada vez mais significativas. Além da aplicação de multas milionárias, em especial nos Estados Unidos, notícias envolvendo práticas de corrupção causam sérios danos à reputação das empresas. A simples comunicação ao mercado de que uma empresa está em processo de investigação ou colaborando com as autoridades na apuração de possíveis violações de legislações anticorrupção gera efeitos imediatos no valor das ações da empresa.⁵ Ademais, os gastos incorridos por empresas na condução de investigações internas para a apuração de irregularidades são, em muitos casos, bastante superiores às próprias sanções financeiras a elas impostas. Some-se a isso o fato de que, no âmbito internacional, a cooperação entre autoridades responsáveis pela aplicação de legislações anticorrupção tem sido cada vez mais aprimorada e intensificada. Vale destacar, ainda, que incentivos financeiros significativos (que podem chegar a 30% das penalidades impostas) oferecidos a denunciantes que comuniquem violações às autoridades norte-americanas, trazidos pela lei *Dodd-Frank Act* dos Estados Unidos, tendem a aumentar o risco de que condutas ilícitas sejam investigadas.⁶

Multa
+
dano à
imagem

3. Adotada pelos Estados membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e outros Estados não membros, em 17 de dezembro de 1997, e aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 2000. Promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Além da Convenção da OCDE, vale destacar que o Brasil também é signatário de outras convenções internacionais importantes em matéria anticorrupção, com destaque para a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, considerada a mais ampla e abrangente de todas (adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, tendo sido assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção (adotada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, em 29 de março de 1996, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002).

4. *Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas*, em vigor desde 12 de junho de 2012. Como signatário da Convenção da OCDE, a nova legislação mexicana aplica-se não somente à corrupção de funcionários públicos nacionais mas também estrangeiros. Disponível em <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfacp.htm> Acesso em: 12 setembro 2012.

5. A repercussão praticamente imediata nos valores das ações da empresa foi observada no recente caso envolvendo o Wal-Mart. Em abril de 2012, imediatamente após a divulgação de possíveis violações de legislações anticorrupção por condutas ocorridas no México, as ações da empresa sofreram queda de aproximadamente 5% nos Estados Unidos.

6. Este tema é abordado em maiores detalhes em capítulo específico dessa publicação.

No Brasil, observa-se também uma crescente pressão da sociedade para o fortalecimento do combate à corrupção, com tolerância social cada vez menor a desvios de conduta. Se tradicionalmente o foco de atenção no Brasil tem sido o agente público corrupto, cada vez mais observamos que a opinião pública e a sociedade questionam o papel desempenhado pela empresa envolvida em práticas de corrupção, cobrando consequências e responsabilização adequadas para o agente corruptor. Nesse sentido, merece destaque o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e que se encontra atualmente em tramitação no Congresso Nacional.⁷ Se aprovado, o Projeto de Lei nº 6.826/2010 permitirá a responsabilização direta da pessoa jurídica por atos de corrupção cometidos por seus empregados ou agentes (além de outros atos lesivos, notadamente envolvendo fraudes em licitações), em linha com os compromissos assumidos pelo Brasil ao aderir à Convenção da OCDE. De acordo com o texto do Projeto de Lei, pessoas jurídicas infratoras estarão sujeitas a sanções significativas.⁸ Independentemente de sua aprovação, fato é que muitas empresas brasileiras com atuação internacional e muitas empresas constituídas no Brasil e que integram grupos multinacionais já se encontram sujeitas a rígidas legislações estrangeiras que têm alcance extraterritorial, como é o caso do FCPA e o *UK Bribery Act*.

Nesse cenário, em que o arcabouço jurídico de combate à corrupção se torna mais rigoroso e as possíveis consequências pela violação alcançam patamares bastante elevados, a implementação de programas de *Compliance* se torna uma necessidade praticamente inevitável. Embora não obrigatória em nenhuma das principais legislações anticorrupção, com a ressalva da obrigação de manutenção de controles internos para as empresas consideradas “emissoras” sob o FCPA,⁹⁻⁹

7. O Projeto de Lei 6.826/2010, de autoria da Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça e Casa Civil, foi enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo em fevereiro de 2010.

8. Conforme segundo substitutivo apresentado pelo Deputado Relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010, as sanções incluem multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação, bem como declaração de inidoneidade, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982072&filename=SBT+2+PL682610+%3D%3E+PL+6826/2010> Acesso em: 12 setembro 2012.

9. Conforme mais detalhadamente abordado em capítulo específico desta publicação, o FCPA possui uma disposição específica (distinta da disposição anticorrupção) que estabelece a obrigação de que todas as empresas com ações listadas nos Estados Unidos ou que tenham que apresentar relatórios perante a SEC (denominadas “emissoras”) mantenham livros e registros precisos e um sistema de controles internos adequados. Com relação a controles internos, o FCPA dispõe que as empresas “emissoras” devem ter desenvolver e manter um sistema de controles contábeis internos suficiente para fornecer garantias razoáveis de que (i) as transações são executadas de acordo com a autorização geral e específica da administração; (ii) que as transações são registradas conforme necessário para (a) permitir a preparação de declarações financeiras em conformidade com princípios contábeis aceitos de modo geral ou qualquer outro critério aplicável a tais declarações; e (b) manter registro de ativos;

a adoção de programas de *Compliance* efetivos permite que, em primeiro lugar, reduza-se o risco de que condutas ilícitas ocorram. Por outro lado, caso alguma violação a legislações anticorrupção venha a ser cometida não obstante os esforços de prevenção adotados, programas de *Compliance* efetivos aumentarão as chances de que a própria empresa a detecte, podendo rapidamente agir para investigá-la e remediá-la e, se for o caso, decidir por colaborar com as autoridades competentes como forma de reduzir eventuais sanções. Mais do que isso, o fato de a empresa poder demonstrar que agiu de modo diligente e de boa-fé ao adotar e implementar mecanismos razoavelmente bem estruturados para evitar que violações ocorressem poderá ser importante fator mitigador de sua responsabilidade.

O fato de uma empresa possuir programas de *Compliance* efetivos previamente à ocorrência de uma violação é considerado importante fator mitigador (ou potencialmente excludente, quando combinado a outros fatores) de sanções sob o FCPA e uma defesa absoluta sob o *UK Bribery Act*, conforme mais detalhadamente tratado nas seções a seguir deste artigo. Seguindo a mesma linha, o Projeto de Lei nº 6.826/2010 também confere reconhecimento expresso à adoção de medidas de prevenção e detecção de irregularidades. O racional para isso é simples: empresas que comprovadamente agem de forma diligente na prevenção de violações devem ser diferenciadas daquelas que agem de má-fé ou que adotam uma conduta negligente diante dos riscos de que condutas indevidas sejam cometidas por seus empregados ou agentes na obtenção de negócios ou outras vantagens comerciais. Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção da integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas.

↑ incentivar boas condutas
↓ minimizar desvantagens competitivas

(iii) que o acesso aos ativos seja permitido somente de acordo com autorização geral e específica da administração; e (iv) que o registro de ativos seja comparado com os ativos existentes em intervalos razoáveis e que medidas apropriadas sejam tomadas com relação a qualquer diferença verificada. Vale destacar que o FCPA não exige a adoção de nenhum tipo de controle interno em particular, estabelecendo apenas os objetivos que devem ser alcançados pelo sistema de controle internos. O dispositivo de controles internos é aplicável somente a emissoras e não às demais categorias de empresas sujeitas ao dispositivo anticorrupção do FCPA.

10. Vale destacar também que, sob o *UK Bribery Act*, não há uma obrigação expressa de implementação de controles e sistemas de prevenção. Conforme mais detalhado no item 2.2 abaixo, o *UK Bribery Act* estabelece responsabilidade a empresas pela falha em prevenir corrupção, conferindo uma defesa absoluta para empresas que demonstrarem possuir "procedimentos adequados" para a prevenção de corrupção. Na prática, isso significa fortes incentivos para a adoção de tais procedimentos; entretanto, não há uma obrigação legal e empresas que optem por não adotá-los não estão sujeitas a penalidades por esse fato, mas tão somente perderão a possibilidade de utilizá-lo como uma defesa capaz de excluir sua responsabilidade.

1º Prevenção

2º Detecção

3º Remediação

Mitigar sanções

Atenuante p/ legislação brasileira

2.1. A importância de programas de *Compliance* sob o FCPA

Nos Estados Unidos, o reconhecimento da existência de programas de *Compliance* como um fator a ser levado em consideração na aplicação das sanções está expressamente previsto em diretrizes publicadas pelo DOJ com relação à persecução de pessoas jurídicas. Tais diretrizes, conhecidas como *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, tiveram sua primeira versão publicada em 1999. A partir de então, o documento foi revisado em algumas ocasiões, sendo que a referência expressa a programas de *Compliance* como um dos fatores a serem levados em consideração pelos promotores foi inserida em uma versão revisada publicada em 2006 pelo então Subsecretário de Justiça do DOJ, Paul J. McNulty.¹¹ Nesta versão revisada, foi expressamente estabelecido que os promotores do DOJ devem levar em consideração a existência de programas de *Compliance* e conceder “créditos” às empresas que os possuam anteriormente às violações investigadas. A inserção de tal dispositivo no *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* serviu para incentivar de modo substancial que mais empresas adotassem posturas proativas na implementação de programas de *Compliance* em suas organizações.

De acordo com a versão mais recente do *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*,¹² os promotores do DOJ devem levar em consideração, no momento de decidir sobre o início de uma investigação, a apresentação de acusações, a propositura de uma ação e a negociação de acordos, dentre outros fatores, os seguintes: (i) a natureza e gravidade da violação; (ii) a extensão da prática irregular dentro da empresa (incluindo a conivência ou omissão da administração da empresa); (iii) o histórico de violações semelhantes; (iv) a cooperação da empresa com as autoridades na investigação da violação; (v) a existência prévia de um programa de *Compliance* e sua efetividade; e (vi) os esforços e medidas para corrigir falhas, incluindo os esforços para a implementação de programa de *Compliance* (ou a melhoria de um programa de *Compliance* existente) e medidas disciplinares contra a administração ou empregados envolvidos na violação.¹³ (grifo nosso). Verifica-se, portanto, que dois dos fatores que devem ser levados em consideração pelas autoridades norte-americanas se referem a programas de *Compliance*.

Vale notar que, ao tratar especificamente sobre o tema, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* expressa que a existência de um programa de *Compliance* não deve, por si só e automaticamente, resultar na decisão de não

11. Autor de capítulo específico deste Livro sobre investigações internas.

12. Disponível em: <http://www.justice.gov/dag/cftf/corporate_guidelines.htm> Acesso em: 12 setembro 2012.

13. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Seção II-A. Os fatores elencados não são taxativos e o DOJ reconhece que nenhum deles deve necessariamente prevalecer sobre os demais, sendo que a análise da importância de cada fator deve ser feita em cada caso concreto.

Promotores
 devem
 levar
 em
 consideração:
 [20%]
 prevalece
 no
 análise
 de
 efetividade
 do
 Compliance

processar uma empresa por conduta ilícita praticada por seus diretores, empregados ou agentes. Referido documento estabelece também que o fator central na avaliação de um programa de *Compliance* é determinar em que medida ele está estruturado de forma adequada para alcançar máxima eficiência na prevenção e detecção de condutas indevidas por empregados e agentes, bem como se a administração da empresa está, de fato, implementando tal programa.¹⁴ Como abordaremos na seção 3 deste artigo, para proporcionar benefícios efetivos, é fundamental que o programa de *Compliance* tenha sido desenvolvido e implementado de modo adequado.

Ainda nos Estados Unidos, o documento denominado *U.S. Sentencing Guidelines*, que fornece diretrizes visando à aplicação uniforme de sanções pelas autoridades norte-americanas, estabelece os montantes de redução da pena decorrentes da existência de programas de *Compliance* efetivos. Quando combinada com outros fatores previstos no *U.S. Sentencing Guidelines* (especialmente a cooperação com as autoridades), a existência de programas de *Compliance* efetivos pode reduzir substancialmente as sanções aplicadas às empresas, ou até mesmo excluí-las. Como trataremos mais a seguir, o *U.S. Sentencing Guidelines* é também relevante pois traz uma relação de elementos mínimos para que programas de *Compliance* sejam considerados “efetivos”.

A possibilidade de exclusão completa de responsabilidade da empresa em decorrência da existência de um programa de *Compliance* robusto foi expressamente reconhecida pelo DOJ e pela SEC em um importante caso nos Estados Unidos publicado no primeiro semestre de 2012. Nesta decisão, o DOJ e a SEC decidiram não iniciar processo contra o banco Morgan Stanley por violações cometidas por um diretor baseado na China, mas apenas contra o executivo envolvido. Ao justificar tal decisão, o DOJ mencionou expressamente ter considerado que a empresa desenvolveu e manteve um sistema de controles internos, com garantias razoáveis de que seus empregados não realizavam pagamento de propinas a funcionários públicos estrangeiros.¹⁵ A SEC, por sua vez, destacou o fato de o executivo que cometeu a violação ter recebido diversos treinamentos

14. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Seção VII-B.

15. Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/pr/2012/April/12-crm-534.html>> Acesso em: 12 de setembro de 2012. A extensão do programa de *Compliance* do Morgan Stanley foi descrita da seguinte forma pelo DOJ: “[...] Morgan Stanley's internal policies, which were updated regularly to reflect regulatory developments and specific risks, prohibited bribery and addressed corruption risks associated with the giving of gifts, business entertainment, travel, lodging, meals, charitable contributions and employment. Morgan Stanley frequently trained its employees on its internal policies, the FCPA and other anti-corruption laws. Between 2002 and 2008, Morgan Stanley trained various groups of Asia-based personnel on anti-corruption policies 54 times. During the same period, Morgan Stanley trained Peterson on the FCPA seven times and reminded him to comply with the FCPA at least 35 times. Morgan Stanley's Compliance personnel regularly monitored transactions, randomly audited particular employees, transactions and business units, and tested to identify illicit payments. Moreover, Morgan Stanley conducted extensive due diligence on all new business partners and imposed stringent controls on payments made to business partners.”

elementos
mínimos
para
garantir
a
eficiência
do
Compliance

Importância do treinamento e extensa comunicação e lembretes sobre *Compliance* Anticorrupção por parte do Morgan Stanley.¹⁶

Embora a decisão de não iniciar processo contra o Morgan Stanley não tenha sido baseada apenas na existência de programa de *Compliance* robusto, mas também em outros fatores (e.g., investigação interna profunda, cooperação com as autoridades, comunicação espontânea), a decisão é importante para destacar o nível de benefício que a manutenção de um sistema de prevenção adequado pode proporcionar, ainda que o sistema falhe em evitar violações específicas. De fato, nenhum sistema pode ser perfeito para evitar condutas ilícitas e toda empresa está sujeita a ter empregados dispostos a violar controles; entretanto, a adoção de sistemas e procedimentos adequadamente designados a minimizar os riscos de violação e a forma como a empresa reage a violações podem ser decisivas e resultar em exclusão integral de responsabilidade.¹⁷

A importância de programas de *Compliance* como um fator mitigador de responsabilidade é também destacada em um documento publicado pela SEC, que possui, juntamente com o DOJ, competência para aplicar sanções civis por violação ao FCPA com relação a empresas "emissoras".¹⁸ Em 2001, em um relatório denominado *Seaboard Report*,¹⁹ a SEC elencou alguns fatores que devem ser considerados pelos promotores da agência na aplicação de sanções. Dentre tais fatores, a SEC deve considerar a existência de programas para prevenir a conduta ilícita e os motivos pelos quais tais programas falharam em evitar a conduta ilícita específica sob análise.

Vale destacar também que, em 2002, seguindo os escândalos contábeis de empresas como Enron, WorldCom e Tyco, foi aprovada a Lei Sarbanes-Oxley ("SOX") nos Estados Unidos, a qual estabeleceu novas exigências financeiras para empresas negociadas publicamente. Além de estabelecer exigências de apresentação de relatórios sobre os controles internos da empresa, que garantam a precisão de suas declarações financeiras, a SOX também estabeleceu novos

16. Disponível em: <<http://www.sec.gov/news/press/2012/2012-78.htm>> Acesso em: 12 setembro 2012.

17. Outro caso que merece destaque nos Estados Unidos se refere ao acordo de não persecução (*non-prosecution agreement*) celebrado em 4 de novembro de 2010 pelo DOJ com a empresa Noble Corporation, através do qual o DOJ concordou, sob determinadas condições, em não aplicar sanções contra a empresa por supostos pagamentos indevidos feitos por empregados e agentes da Noble a funcionários públicos do departamento alfandegário da Nigéria entre 2003 e 2007. Dentre as justificativas para celebração do acordo, o DOJ apontou, expressamente, ter considerado: "*the existence of Noble's pre-existing Compliance program and steps taken by Noble's Audit Committee to detect and prevent improper conduct from occurring*" e "*Noble's remedial efforts to enhance its Compliance program and oversight that have already been undertaken*". Disponível em: <<http://www.justice.gov/opa/documents/noble-npa.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

18. Empresas com ações listadas nos Estados Unidos ou que tenham que apresentar relatórios perante a SEC.

19. Disponível em: <<http://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm>> Acesso em: 12 setembro 2012.

mecanismos para a responsabilização (inclusive criminal) de executivos, conselheiros e auditores responsáveis por declarações imprecisas.

2.2. A existência de procedimentos adequados como fator excludente de responsabilidade no *UK Bribery Act*

Em linha com a Convenção da OCDE e com o endurecimento do combate à corrupção ao redor do mundo, legislações recentes foram aprovadas para responsabilizar de forma mais rigorosa as pessoas físicas e jurídicas envolvidas em condutas ilícitas.

Conforme abordado em capítulo específico deste Livro, uma das principais legislações recentes de destaque é o *UK Bribery Act*, em vigor desde 1º de julho de 2011. Dentre outros dispositivos, o *UK Bribery Act* responsabiliza empresas sujeitas pela falha na prevenção de atos de corrupção praticados por qualquer pessoa a ela associada, em qualquer lugar do mundo, sendo aplicável tanto para atos de corrupção no setor público como no setor privado. Embora o *UK Bribery Act* seja recente e ainda não haja casos concretos suficientes para servir de referência sobre o rigor de sua aplicação, não há limitação, no texto da nova lei, para o valor de multas que podem ser impostas por violações e espera-se que as autoridades britânicas apliquem o *UK Bribery Act* de forma agressiva.

Entretanto, o *UK Bribery Act* reconhece expressamente como uma defesa absoluta, capaz de isentar a responsabilidade da empresa, a existência de “procedimentos adequados”, anteriormente à prática do ato ilícito, para a prevenção da violação. Caso a empresa demonstre que possuía “procedimentos adequados” para prevenir a prática das condutas ilícitas tratadas no *UK Bribery Act* (incluindo corrupção de funcionários públicos e corrupção no setor privado) por seus empregados ou por qualquer outro terceiro a ela associado, a empresa pode se isentar integralmente de responsabilidade pela “falha em prevenir a corrupção”.

Além de servir como estímulo para que empresas britânicas adotem ou aprimorem programas de *Compliance* em matéria de anticorrupção, já que esta seria a única forma de excluir a responsabilidade da empresa por violações cometidas por seus agentes ou empregados, o *UK Bribery Act* acaba por produzir o mesmo efeito em empresas de origem não britânica. Como seu alcance extraterritorial é ainda mais amplo e agressivo do que o FCPA, potencialmente atingindo quaisquer empresas que “conduzam negócios no Reino Unido”,²⁰ os

20. A terminologia “condução de negócios no Reino Unido” utilizada pelo *UK Bribery Act* pode ser interpretada de forma ampla, aplicando-se a qualquer empresa que tenha negócios no Reino Unido, ainda que não fisicamente presente naquele país e ainda que a violação tenha ocorrido fora do Reino Unido e sido cometida por outra empresa do grupo que não aquela que “conduza negócios no Reino Unido”. Na ausência de casos concretos, em razão da recente entrada em vigência da lei, os parâmetros de interpretação deste conceito ainda não são claramente conhecidos. A aplicação e alcance do *UK Bribery Act* são tratados em mais detalhes em capítulo específico deste Livro.

Rigor de
extensão
do
UK B. Act

Excludente
de
ilicitude

Alcance
extraterritorial
da
norma

efeitos de seus dispositivos extrapolam o limite das empresas britânicas, fazendo com que um conjunto muito maior de empresas deva considerar a importância de implementar "procedimentos adequados" para prevenir a corrupção como forma de poder exercer a única defesa absoluta prevista no UK Bribery Act.

O sistema adotado no Reino Unido é semelhante ao de outros países na Europa que recentemente adotaram legislações mais duras contra a corrupção. Este é o caso da Espanha, por exemplo, que, em junho de 2010, aprovou lei que alterou o código penal do país, criando a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A lei espanhola dispõe que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelos atos praticados por seus empregados que estiverem relacionados à falha da empresa em exercer certo dever de controle. Referida lei também traz dispositivo determinando que a existência de programas de Compliance efetivos reduzirá ou excluirá a responsabilidade penal da empresa.

Não é nosso objetivo neste artigo esgotar a análise das legislações internacionais anticorrupção, valendo observar a tendência, ao nosso ver irreversível, de endurecimento de legislações de combate à corrupção ao redor do mundo, acompanhada pelo fortalecimento de programas de Compliance como importante fator mitigador de riscos e sanções.

2.3. O reconhecimento de programas de Compliance pela legislação anticorrupção brasileira

No Brasil, o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que pretende responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção e outros atos lesivos praticados contra a "Administração Pública nacional ou estrangeira, também traz dispositivo expresso que estabelece como fator a ser levado em consideração na aplicação das sanções "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".²¹

Se o Projeto de Lei nº 6.826/2010 for aprovado com referido dispositivo, o que esperamos que ocorra, a legislação brasileira passará a prever, em linha com as principais legislações internacionais, incentivo expresso e tratamento diferenciado para empresas que possuem programas de Compliance efetivos. Espera-se que, com isso, empresas brasileiras não sujeitas ao FCPA ou ao UK Bribery Act (em relação a estas, a adoção de programas de Compliance já é uma realidade) também venham a ser incentivadas a implementar medidas de prevenção à corrupção. Com isso, além dos impactos positivos de combate à

21. Artigo 9º, inciso VIII, conforme texto do segundo dispositivo apresentado pelo Deputado Relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982072&filename=SBT+2+PL682610+%3D%3E+PL+6826/2010> Acesso em: 12 setembro 2012.

Resp.
Penal
da
P.J.
(Espanha)

Adm.

↑ boas condutas incentivadas

↓ minimizar as desvantagens competitivas

corrupção gerados por tais medidas, deve-se minimizar também desvantagens competitivas sofridas por empresas atualmente já sujeitas a níveis de obrigações de prevenção à corrupção elevados (i.e., sujeitas ao FCPA ou ao UK Bribery Act).

Vale destacar, contudo, que o Projeto de Lei nº 6.826/2010 não especifica, objetivamente, o benefício conferido às empresas que tiverem um programa de *Compliance* efetivo. Na medida em que a implementação de um programa de *Compliance* acarreta custos, a indicação objetiva dos benefícios para as empresas que possuem programas efetivos proporcionaria maior segurança jurídica e potencializaria os incentivos para que um maior número de empresas venha a implementá-los.²² Na ausência de indicação objetiva a respeito do benefício, corre-se o risco de que empresas que contenham programas de *Compliance* altamente sofisticados e robustos acabem por receber benefícios reduzidos. A definição do nível de “crédito” que resultará da existência de programas de *Compliance*, de acordo com o texto atual do Projeto de Lei nº 6.826/2010, caberá à autoridade administrativa ou judicial competente pela aplicação das sanções. Em todo caso, em linha com as principais legislações internacionais e de acordo com o Artigo 7º, § 1º, do Projeto de Lei,²³ a existência de programas robustos, juntamente com a análise dos demais fatores elencados no Projeto de Lei, poderá ser interpretada de modo a permitir, em um balanço positivo extremo, a isenção integral de determinadas sanções.

Se a definição objetiva dos benefícios do *compliance* não houver incentivo

Não é mais possível → responsabilidade objetiva

3. Principais referências internacionais sobre as características centrais de programas de *Compliance* efetivos

Reconhecendo a crescente importância de programas de *Compliance* em matéria de anticorrupção sob a ótica das principais legislações internacionais, bem como a tendência de que tal questão também seja incorporada na legislação nacional em um futuro próximo, o desafio passa a ser entender o que é preciso ter em um programa de *Compliance* para que ele seja considerado, de fato, efetivo.

Se por um lado é certo que programas de *Compliance* não podem ser confundidos com meros códigos de conduta ou conjunto de políticas, não há, por outro lado, fórmula claramente estabelecida que descreva, com precisão, todos os elementos necessários para que um programa de *Compliance* seja considerado suficientemente robusto para conferir benefícios para as empresas em caso de

O que é um *compliance* efetivo?

1º Não são meros códigos de conduta

22. A esse respeito, vide comentários apresentados à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010 pela Comissão Anticorrupção e *Compliance* do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial - IBRADEMP. Disponível em apêndice deste Livro.

23. De acordo com o Artigo 7º, as sanções poderão ser aplicadas “[...] isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações”. (conforme texto do segundo dispositivo apresentado pelo Deputado Relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010).

2. Não há fórmula única

2. violações. Evidentemente, não existe fórmula única, já que cada empresa está sujeita a diferentes tipos de riscos e a peculiaridades específicas de seus negócios e operações.

3. avaliar riscos e peculiaridades do mercado

3. Em todo caso, alguns parâmetros e elementos centrais podem ser extraídos a partir da análise de algumas importantes referências internacionais.

Ao tratar da avaliação de programas de Compliance, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos indica que seus promotores devem procurar

[...] determinar se o programa de Compliance da empresa é meramente um "programa de papel" ou se ele foi construído e implementado de forma efetiva. Além disso, os promotores devem determinar se a empresa disponibilizou pessoal suficiente para auditar, documentar, analisar e utilizar os resultados dos esforços de Compliance da empresa. Ademais, os promotores devem verificar se os empregados da empresa estão adequadamente informados sobre o programa de Compliance e convencidos do comprometimento da empresa em relação a ele. Isso permitirá que o procurador tome uma decisão informada sobre se a empresa adotou e implementou um programa de Compliance verdadeiramente efetivo, o qual, quando consistente com outras políticas federais de aplicação da lei, podem resultar em uma decisão de processar apenas os empregados e agentes da empresa.²⁴

A) Pessoal específico

B) Treinamento dos funcionários

Na mesma linha, o *U.S. Sentencing Guidelines*, publicado originalmente em 1991, contém diretrizes para a definição de sanções por parte das autoridades norte-americanas e também trata da avaliação de programas de Compliance, listando sete elementos mínimos que devem ser observados pelas empresas para que seus programas sejam considerados efetivos.²⁵

Uma outra referência internacional relevante é o documento denominado "Boas Práticas em Controles Internos, Ética e Compliance" (*Good Practices on Internal Controls, Ethics and Compliance*; "Boas Práticas"), publicado pela OCDE em fevereiro de 2010, que contém elementos de boas práticas para programas de prevenção à corrupção.²⁶

Embora as Boas Práticas da OCDE não sejam obrigatórias, verifica-se que seus princípios têm efetivamente servido de parâmetro não somente para empresas mas também para autoridades e organismos internacionais. Mesmo nos Estados Unidos, onde o *U.S. Sentencing Guidelines* estabelece referências para

24. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Seção VII-B. (tradução livre)

25. Versão atualizada disponível em: <http://www.uscc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/8b2_1.htm> Acesso em: 12 setembro 2012.

26. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/44884389.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

a avaliação de programas de *Compliance*, as *Boas Práticas* da OCDE, por serem mais detalhadas em alguns pontos, têm sido utilizadas pelo DOJ e pela SEC em casos concretos, resultando numa expansão dos setes elementos originais do U.S. Sentencing Guidelines.

Ao analisarem situações concretas, as autoridades norte-americanas têm sistematicamente inserido em acordos celebrados com empresas por supostas violações do FCPA uma série de exigências relacionadas a programas de *Compliance*. Na ausência de decisões judiciais referentes a sanções sob o FCPA – na grande maioria dos casos são celebrados acordos entre as empresas e a SEC e/ou DOJ –, os critérios adotados pelas autoridades norte-americanas em acordos com empresas sujeitas ao FCPA servem como parâmetro para medir o nível de expectativa daquilo que se espera que as empresas adotem para prevenir e detectar irregularidades. A análise de acordos recentes permite concluir também que as autoridades norte-americanas têm desenvolvido um bom entendimento a respeito das melhores práticas nesta área, bem como que o nível de expectativa com relação a programas de *Compliance* tem sido bastante elevado.

Um caso de destaque dos Estados Unidos com relação à imposição de obrigações de implementação e aprimoramento de programas de *Compliance* é o caso envolvendo a multinacional da área de logística Panalpina. No acordo celebrado com o DOJ em novembro de 2010, a Panalpina concordou não somente com o pagamento de multa significativa, mas também em corrigir deficiências em seu programa de *Compliance* e controles internos. O acordo delineou elementos mínimos que a Panalpina concordou em adotar em seu programa de *Compliance*, em uma lista contendo 13 pontos, próxima aos elementos previstos nas *Boas Práticas* da OCDE.²⁷ Na mesma linha, o acordo celebrado com o DOJ pela empresa Johnson & Johnson em janeiro de 2011 incluiu, dentre as obrigações assumidas pela empresa, exigências de implementação de melhorias em seu programa de *Compliance*, em uma descrição relativamente detalhada também contendo 13 pontos mínimos.²⁸

No Reino Unido, os componentes necessários para que os procedimentos adotados pelas empresas na prevenção da corrupção sejam considerados “adequados”, caracterizando a defesa absoluta capaz de eximir a empresa de responsabilidade pela falha em prevenir a corrupção, foram detalhados em março de 2011, antes mesmo da entrada em vigor do UK Bribery Act.²⁹

27. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

28. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/deputy-inc/04-08-11deputy-dpa.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

29. Além de detalhar os seis elementos dos *Procedimentos Adequados*, o guia publicado pelo Ministério da Justiça do Reino Unido também contém estudos de casos com cenários hipotéticos de caráter ilustrativo. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

OK
B. Act



Casos
concretos

Handwritten notes and scribbles on the right margin.

Outras entidades dedicadas à promoção da ética e integridade corporativas também publicaram princípios gerais e boas práticas em programas de *Compliance*, como é o caso dos “Nove Princípios Empresariais para Combater Corrupção” (*Nine Business Principles for Countering Bribery*), publicado pela *Transparência Internacional*.³⁰ Embora tais princípios não sejam utilizados como critérios para fins de avaliação de programas de *Compliance* pelas autoridades competentes, eles também podem ser úteis para auxiliar empresas a desenvolverem seus programas.³¹

Por fim, vale destacar que o Projeto de Lei nº 6.826/2010, após reconhecer a existência de programas de *Compliance* como um dos fatores a serem considerados na aplicação da sanção, estabelece que os “os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII [do Artigo 9º] serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal”.³² A inclusão deste dispositivo no Projeto de Lei nº 6.826/2010 resultou de recomendação feita pela Comissão Anticorrupção e *Compliance* do IBRADEMP à Comissão Especial da Câmara dos Deputados.³³ Conforme mencionado anteriormente, a definição de parâmetros de avaliação para os elementos centrais que devem estar presentes em um programa de *Compliance* é importante para proporcionar maior segurança jurídica e incentivar empresas a adotarem medidas de prevenção e detecção de violações. Além disso, é importante também para evitar que meros “programas de papel” possam vir a proporcionar benefícios de redução de sanção, o que desvirtuaria o dispositivo legal. Espera-se que a definição dos parâmetros pelo Poder Executivo seja feita em linha com as principais referências internacionais, de modo a evitar distorções e permitir que empresas com operações multinacionais possam mais facilmente observar expectativas mais uniformes possíveis. Caso o Projeto de Lei nº 6.826/2010 seja aprovado, entendemos que a regulamentação dos parâmetros de programas de *Compliance* deva ser emitida após um processo de consulta pública, procurando minimizar, contudo, o intervalo de tempo entre a aprovação do Projeto de Lei e a emissão da regulamentação.

30. Disponível em: <http://www.transparency.org/whatwedo/pub/business_principles_for_countering_bribery> Acesso em: 12 setembro 2012.

31. No Brasil, o Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade - Cadastro Empresa Pró-Ética, desenvolvido em conjunto pela Controladoria Geral da União e pelo Instituto Ethos, também contém alguns critérios de avaliação que podem ser úteis como referência por empresas na criação de programas de *Compliance*. Através do Cadastro Empresa Pró-Ética, empresas se submetem voluntariamente a um sistema de avaliação de adoção de medidas para prevenir e combater a corrupção. Vale notar que o cadastramento não proporciona benefício sob o ponto de vista legal, mas sinaliza um compromisso publicamente assumido pela empresa para a prevenção da corrupção.

32. Artigo 9º, parágrafo único (conforme texto do segundo substitutivo apresentado pelo Deputado Relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010).

33. Vide comentários apresentados pelo IBRADEMP no Apêndice deste Livro.

Regulamentação
do
Poder
Executivo
detalhar
o
Compliance



4. Elementos essenciais e melhores práticas

A partir da análise dos elementos comuns contidos nas principais referências internacionais, é possível verificar significativa convergência e agrupá-los em cinco aspectos centrais para que programas de *Compliance* em matéria de anticorrupção possam ser considerados efetivos.

- (1) Suporte da Administração e Liderança
- (2) Mapeamento e Análise de Riscos
- (3) Políticas, Controles e Procedimentos
- (4) Comunicação e Treinamento
- (5) Monitoramento, Auditoria e Remediação

5 elementos centrais do Compliance

Cada um desses elementos essenciais se desdobra em diferentes componentes. Na seção a seguir do presente artigo, abordaremos em mais detalhes cada um destes elementos, através de uma abordagem essencialmente de ordem prática e sem a pretensão de esgotar o tema.³⁴

Como fator central, vale ressaltar novamente que não se deve esperar que programas de *Compliance* pretendam garantir que violações jamais ocorram. O que se espera é que empresas façam o máximo para reduzir a probabilidade de violações, através de uma postura comprovadamente diligente e vigilante e dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade frente aos riscos específicos presentes em suas operações. Embora a tendência aponte no sentido de que a avaliação de programas de *Compliance* deva ser cada vez mais rigorosa, exigir medidas preventivas excessivamente desproporcionais acabaria por inviabilizar sua implementação e operacionalização, surtindo efeito contrário ao desejado. Tal ponto é bastante ressaltado nas diretrizes fornecidas pelo governo britânico a respeito dos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*, na medida em que destacam que tais procedimentos não devem ser excessivamente burocráticos ou onerosos à pessoa jurídica, valendo como elemento central o “bom senso” em sua construção.³⁵ Nessa linha, os elementos de “proporcionalidade” e “razoabilidade” devem ser os elementos norteadores para que programas de *Compliance* sejam, ao mesmo tempo, efetivos, economicamente eficientes e viáveis.

Compliance não impede práticas ilícitas
↓
Probabilidade

proporcionalidade e razoabilidade = bom senso

34. Uma abordagem detalhada de cada componente demandaria capítulos específicos para cada um, o que fugiria ao escopo e objetivo deste artigo. Alguns destes temas são tratados em capítulos específicos deste Livro, como é o caso de *due diligence* de terceiros e em operações de fusões e aquisições, bem como os riscos e melhores práticas relacionadas a brindes e hospitalidade.

35. Este ponto tem sido destacado como uma das principais diferenças positivas do *UK Bribery Act* frente ao FCPA, na medida em que a previsão da defesa absoluta com base na existência de “procedimentos adequados” reconhece a impossibilidade de garantir que violações jamais ocorrerão, valendo como principal critério o fato de a empresa ter implementado medidas “proporcionais” para evitá-los. Em certa medida, o recente caso dos Estados Unidos envolvendo o banco Morgan Stanley, mencionado no item 3 acima deste artigo, aproxima o FCPA a esse conceito, de modo que essa parece ser a tendência a ser seguida não somente no Reino Unido mas também nos Estados Unidos.

Prevenção
Detecção
Remediação

postura diligente vigilante

4.1. Suporte da administração e liderança

Talvez o principal fator para o sucesso de qualquer programa de *Compliance*, especialmente em matéria de anticorrupção, seja o suporte e o comprometimento da alta administração da empresa a uma postura de não tolerância a violações de conduta.

O papel da alta administração da empresa, fundamental para o sucesso de qualquer programa de *Compliance*, é comumente referido através das expressões “*tone from the top*” e “*top level commitment*”, que se traduzem pela necessidade de uma mensagem clara e inequívoca constantemente transmitida pelos mais altos níveis da organização, não somente através de discurso mas principalmente pelo exemplo, no sentido de que a empresa está plenamente comprometida com o desenvolvimento de negócios pautados por princípios sólidos de integridade corporativa.³⁶

De fato, a administração da empresa deve transmitir uma mensagem clara no sentido de que o cumprimento de normas legais e éticas é requisito indispensável para os negócios da empresa. Nenhuma medida ou procedimento de prevenção, por mais sofisticado que seja, poderá ser efetivo ou sobreviver a uma visão, ainda que distorcida, de que práticas antiéticas poderão vir a ser aceitas se necessárias para o sucesso dos negócios da empresa. Se, não obstante a existência de regras e procedimentos de prevenção à corrupção, a administração da empresa transmitir a mensagem de que as pressões para o alcance de metas comerciais devem prevalecer sobre a conduta ética da empresa, o programa de *Compliance* estará necessariamente fadado ao fracasso, passando a ser apenas um conjunto vazio de regras e procedimentos internos.

A esse respeito, o *U.S. Sentencing Guidelines* menciona que, para ter um programa de *Compliance* efetivo, a empresa deve promover uma cultura organizacional que encoraje condutas éticas e um compromisso com o cumprimento da lei. Na mesma linha, as *Boas Práticas* da OCDE mencionam, dentre seus elementos, que deve haver comprometimento e suporte da alta administração da empresa aos controles internos e ao seu programa de *Compliance*, o qual deve ser claro, explícito e visível a todos os níveis da organização.

Assim, em todas as ocasiões em que seja possível (e.g., em reuniões anuais de vendas, em periódicos internos, em mensagens relacionadas ao código de conduta da empresa, etc.), a administração da empresa deve reforçar o compromisso da organização, a partir dos seus mais altos níveis, ao cumprimento de normas legais e éticas em todos os aspectos de suas atividades.

36. Embora a maioria das legislações anticorrupção foque na corrupção de funcionários públicos – uma das principais exceções sendo o *UK Bribery Act* –, o compromisso da administração a uma cultura de *Compliance* deve ser estabelecido de forma mais ampla, com proibição expressa de todas as formas de corrupção, incluindo a corrupção privada.

Postura não tolerante a violações de conduta

Mensagem clara da empresa

incativo a condutas éticas

Proprio Adm. apoio ao compliance

Efetivação do Programa na Prática

Além da mensagem vinda da alta administração da empresa (muitas vezes localizadas nas matrizes), é fundamental que as lideranças locais estejam igualmente comprometidas e alinhadas com o programa de *Compliance*. Lideranças locais estão mais próximas do negócio, sendo essenciais para estabelecer e replicar a mensagem correta junto a seus times, bem como para detectar e endereçar questões éticas importantes. Além disso, a percepção de questões de *Compliance* como algo imposto pela matriz faz com que a implementação do programa de *Compliance* seja menos eficiente e encontre maiores resistências. Nesse sentido, o papel das lideranças locais é fundamental para que a mensagem da alta administração (e o programa como um todo) não seja percebida como mero discurso ou formalidade, distante ou não aplicável à realidade local.

Para que os membros da administração da empresa (incluindo diretores e os responsáveis por cada unidade de negócios, subsidiária ou filial) possam desempenhar apropriadamente seus papéis em estabelecer o "tone from the top", é importante que recebam treinamento adequado sobre o programa de *Compliance* e sobre as principais questões legais relacionadas, de modo a que possam replicá-las a seus subordinados e em suas respectivas unidades, subsidiárias ou filiais.³⁷

O suporte da administração, contudo, deve ir muito além do que somente uma mensagem de comprometimento da liderança. É importante que isso se traduza em suporte concreto para a formação de uma estrutura de *Compliance* adequada, com profissionais de nível hierárquico apropriado, recursos e acesso direto aos mais altos níveis de governança da empresa.

Em primeiro lugar, é importante que a empresa disponha de profissionais em posição de liderança para implementar todas as medidas necessárias para que o programa de *Compliance* possa ser efetivo. O *U.S. Sentencing Guidelines* descreve esse ponto ao mencionar a importância de designar responsabilidade pelo programa de *Compliance* a profissionais de nível hierárquico alto dentro da organização. As *Boas Práticas da OCDE* também estabelecem que a supervisão do programa de *Compliance* ou das medidas para prevenir corrupção devem ser atribuídas para um ou mais altos executivos da empresa, os quais devem ter um nível adequado de autonomia com relação à administração, bem como recursos adequados.

De fato, o nível hierárquico dos profissionais incumbidos com a responsabilidade de gerenciar o programa de *Compliance* é importante para permitir suficiente independência e autonomia na implementação de políticas, controles e procedimentos adequados, bem como na avaliação, aprovação ou veto de questões que possam envolver riscos de *Compliance*. Se o responsável pelo programa

37. A esse respeito, o *U.S. Sentencing Guidelines* menciona expressamente que os órgãos de governança da empresa devem ter conhecimento a respeito do conteúdo e operação do programa de *Compliance*.

Menor eficiência se programa aplicado de longe

Importância do treinamento

Imparcialidade

Supporto de adm.

Comissão formada por gestores

riscos da comissão

de *Compliance* não dispuser de nível hierárquico ou recursos adequados, ou tiver suas decisões ou medidas subordinadas ao escrutínio ou veto por parte de outras áreas da empresa (especialmente aquelas mais expostas a riscos), dificilmente conseguirá desempenhar sua função de modo adequado.

Administração deve estar ciente que a implementação gera custos

Da mesma forma, o suporte da administração deve se traduzir em disponibilidade de recursos para a implementação das medidas envolvidas na criação e administração do programa de *Compliance*. Embora algumas das medidas preventivas possam ser implementadas com poucos recursos, a manutenção de um programa de *Compliance* demanda, via de regra, algum nível de investimento.

É importante que a administração da empresa, em seus níveis mais altos, esteja convencida da importância de tais investimentos, bem como que outorgue poderes e autonomia adequados para que tais investimentos sejam feitos sem subordinação direta às áreas comerciais.

A disponibilidade de recursos se traduz, dentre outras coisas, na disponibilidade de profissionais devidamente treinados para apoiar o programa de *Compliance* em diversas áreas e nas diferentes localidades em que a empresa atua, especialmente naquelas que apresentam maiores riscos. Não necessariamente tais profissionais terão que ser dedicados exclusivamente a essa função, sendo importante, contudo, que tenham condições de contribuir de modo efetivo com a função de *Compliance*, recebendo treinamento adequado, tendo independência com relação às funções mais significativamente expostas a riscos, dispondo de recursos apropriados (inclusive tempo) e tendo comunicação direta com a função central de *Compliance*, seja nas matrizes ou em escritórios nacionais ou regionais. O mesmo vale também para a formação de comitês ou grupos que contem com a participação de profissionais de diferentes localidades e funções. Além de ser positivo do ponto de vista de alocação de recursos, a formação de comitês multidisciplinares ou regionais para tratar de temas de *Compliance* também contribui para evitar uma centralização excessiva da função de *Compliance* e disseminá-la em todos os níveis e em todos os locais em que a empresa opera.

Formação da Comissão de Recursos evitar centralização

Outro ponto importante que deve ser destacado para que a alta administração da empresa possa fornecer o suporte adequado para a efetividade do programa de *Compliance* se refere à possibilidade de que os responsáveis incumbidos com a função de implementar e administrar o programa tenham acesso direto e imediato aos mais elevados órgãos de governança da empresa, incluindo, quando for o caso, o Conselho de Administração.

2.

Comissão deve ter acesso direto

Já existente nas *Boas Práticas* da OCDE, este ponto foi inserido no *U.S. Sentencing Guidelines* em 2010, quando a comissão responsável por tais diretrizes nos Estados Unidos expressou a importância de fornecer aos responsáveis pelo programa de *Compliance* acesso direto aos órgãos de governança da empresa (ou a subgrupos, e.g., comitê de risco ou auditoria), inclusive para reportar

prontamente qualquer assunto envolvendo condutas ilícitas. Além disso, as alterações feitas ao *U.S. Sentencing Guidelines* também inseriram menção expressa à importância de que os profissionais responsáveis por *Compliance* dentro da empresa reportem, periodicamente, a tais órgãos de governança da empresa acerca da efetividade do programa de *Compliance* ou de qualquer outra questão associada (e.g., investigações internas em andamento, eventuais desenvolvimentos na legislação anticorrupção, etc.).

De fato, se os riscos ou violações identificados não puderem ser levados diretamente ao conhecimento dos mais altos órgãos de governança da empresa e estiverem sujeitos à aprovação prévia de outras áreas ou executivos para poderem ser escalados, a capacidade de tratar adequadamente de situações que possam envolver interesses justamente de tais áreas ou executivos estará fortemente impactada e os mais altos órgãos de governança da empresa correrão o risco de não conseguirem ter visibilidade completa e sem filtros acerca dos riscos e vulnerabilidades da empresa. Sem visibilidade completa, não poderão exercer sua função de supervisão da implementação do programa de *Compliance*, e não poderão estabelecer de forma adequada o “*tone from the top*”.

O mesmo se aplica à possibilidade de que qualquer empregado da empresa, independentemente do nível hierárquico, possa ter acesso direto aos mais altos profissionais responsáveis por *Compliance*, ainda que localizados em outros escritórios, filiais ou subsidiárias. É fundamental que o canal de comunicação com a função de *Compliance* esteja sempre aberto e acessível de modo direto. Como tratado mais adiante neste artigo, uma das ferramentas mais importantes para que isso possa ocorrer é a adoção de canais de denúncia que permitam a comunicação confidencial de qualquer questão envolvendo condutas éticas.

Vale destacar ainda que o *U.S. Sentencing Guidelines* estabelece também, dentre seus elementos, que a empresa deve excluir de seus quadros de liderança pessoas que a empresa saiba ou deva saber terem praticado conduta inconsistente com seu programa de *Compliance*. Na mesma linha, as *Boas Práticas* da OCDE mencionam que a empresa deve ter procedimentos disciplinares adequados para tratar violações, em todos os níveis da empresa. A presença de líderes com histórico de violações é inconsistente com a mensagem de suporte e comprometimento da alta administração a princípios éticos e de integridade corporativa sólidos. Além de impactar frontalmente a credibilidade do programa de *Compliance*, a manutenção de executivos em níveis de liderança que tenham se envolvidos em violações de conduta transmite a mensagem de que a empresa considera que resultados comerciais ou outros fatores têm prioridade sobre conduta ética. A esse respeito, a inclusão de critérios relacionados a *Compliance* dentro das avaliações de performance de empregados (em especial gerentes e diretores) pode ser uma importante medida para demonstrar que a

Avaliação de performance do empregado
↓
Compliance como critério

Canais de denúncia
imp25

Risco de visibilidade

Acesso ao canal de Compliance Officer

520
ne
50
0
etad

ética e integridade corporativas são prioritárias para a empresa e para minimizar a tentação de condutas antiéticas como forma de atingir metas.³⁸ Na mesma linha, procedimentos de contratação (especialmente para cargos elevados) que considerem não somente o histórico de sucesso profissional e comercial do candidato mas também componentes de *Compliance* podem ser igualmente desejáveis.

Além das referências internacionais em matéria de programas de *Compliance*, alguns casos significativos de aplicação do FCPA destacam a importância do suporte da administração e liderança. Provavelmente o mais ilustrativo deles seja o conhecido caso Siemens, resolvido nos Estados Unidos através de acordo em 2008. Conforme vastamente comentado, a prática generalizada de corrupção pela Siemens em diversos países ao redor do mundo decorria, em grande parte, de uma cultura corporativa em que tal prática era tolerada (ou mesmo premiada nos mais altos níveis da administração da empresa. Além disso, a estrutura de *Compliance* da Siemens na época das violações contava com apenas seis empregados para gerenciar o programa mundialmente, o que foi drasticamente modificado como resultado das sanções sofridas pela empresa, que incluíram a nomeação de um monitor independente e a obrigação de reformular e fortalecer substancialmente o programa de *Compliance* em nível global.³⁹

4.2. Mapeamento e análise de riscos

Conforme abordado anteriormente, programas de *Compliance* têm como um dos seus principais objetivos minimizar os riscos de que condutas indesejadas venham a ser praticadas no âmbito das empresas, seja por seus empregados ou por terceiros com os quais a empresa realiza negócios. Para que o caráter preventivo do conjunto de medidas, mecanismos e procedimentos que formam um programa de *Compliance* possa ser atingido em níveis ótimos, é fundamental que a empresa conheça e entenda as principais áreas de riscos a que está exposta em suas atividades e nos mercados em que atua.

Risk assessment

38. Metas de *Compliance* podem incluir, por exemplo, a participação em treinamentos (não somente pelos gerentes ou diretores mas pelos integrantes de seus times), a participação em exercícios de análise de riscos, etc. Da mesma forma, caso um empregado reporte riscos concretos de violações em um determinado negócio potencial (e.g., expectativa ou solicitação, expressa ou implícita, de vantagens indevidas para a continuidade do negócio), a sua exclusão das metas do empregado pode ser importante mecanismo para compensar as pressões comerciais envolvidas e incentivar que condutas ilícitas sejam identificadas e abortadas. Vale destacar que o U.S. Sentencing Guidelines menciona em seus elementos a importância de que a empresa forneça incentivos apropriados a condutas em conformidade com o programa. O mesmo princípio também é citado nas Boas Práticas da OCDE, ao se referirem em seu item 9 a "medidas apropriadas para encorajar e fornecer suporte positivo para a observância do programa de *Compliance* e ética [...]". (tradução livre)

39. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/siemens/12-12-08siemens-venez-sent.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012. Atualmente, a Siemens é considerada referência em questões relativas ao programa de *Compliance*, contando com cerca de 600 profissionais focados na área.

O objetivo da análise de risco é identificar, antecipadamente, as principais áreas de risco e as principais situações e circunstâncias que podem aumentar as chances de que violações ou práticas ilícitas sejam cometidas. Ao invés de aguardar que problemas ocorram para agir de forma reativa, espera-se que empresas ajam de forma preventiva com base na antecipação dos principais problemas. Nesse sentido, é fundamental que o desenvolvimento de programas de *Compliance* seja pautado por um exercício específico de mapeamento e análise de riscos.

A importância deste ponto é destacada expressamente em todas as principais referências internacionais sobre programas de *Compliance*.

Nos Estados Unidos, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* do Departamento de Justiça indica textualmente que “*programas de Compliance devem ser estruturados de forma a detectar os tipos específicos de condutas ilícitas que são mais prováveis de ocorrer na linha de negócios específica da empresa. [...]*”⁴⁰

Embora a versão original do *US Sentencing Guidelines*, de 1991, não tenha incluído especificamente um item relacionado à realização de análise de risco como um dos elementos essenciais em programas de *Compliance*, este ponto foi inserido posteriormente, prevendo que empresas devem conduzir avaliações de risco periódicas e tomar medidas adequadas para estruturar, implementar e modificar cada elemento de seus programas de modo a reduzir o risco de violações.

Na mesma linha, a análise de riscos é um dos elementos previstos nos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*, bem como nas *Boas Práticas* da OCDE, os quais classificam o exercício de avaliação de risco como a base para o desenvolvimento de controles internos efetivos. Nas diretrizes emitidas pelo governo britânico a respeito dos *Procedimentos Adequados*, a análise de risco é mencionada como devendo servir de base para o estabelecimento de prioridades e alocação de recursos para a prevenção de violações.

Em casos recentes nos Estados Unidos, também é possível observar a menção à análise de risco como um dos pilares centrais para a criação e implementação de um programa de Compliance efetivo.⁴¹

40. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, Seção VII-B.

41. No caso envolvendo a empresa Panalpina, resolvido junto às autoridades norte-americanas através de acordo em 2010, um dos itens previstos nas exigências relativas ao programa de *Compliance* da empresa menciona que a Panalpina deve desenvolver padrões e políticas, incluindo controles internos e programas de ética e *Compliance*, com base em uma análise de risco que aborde as circunstâncias específicas da empresa, em especial os riscos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros aos quais a empresa está exposta. O acordo menciona, dentre essas circunstâncias, as regiões geográficas em que a empresa opera, as interações com agentes públicos, os setores de indústria específicos de suas atividades, a participação em *joint ventures* e a importância de licenças e autorizações em seus negócios. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

Durante o exercício de mapeamento e análise de riscos, deve-se avaliar diferentes fatores de risco, tanto externos quanto internos.⁴²

Riscos
externos

Do ponto de vista de riscos externos, os principais pontos a serem levados em consideração incluem os seguintes:

- (i) riscos específicos da indústria ou setor em que a empresa atua. Cada indústria ou setor está sujeito a riscos específicos, sendo importante conhecê-los de modo a poder desenvolver medidas de prevenção proporcionais e adequadas;
- (ii) o ambiente regulatório e a percepção de risco de corrupção em cada região ou país, utilizando-se como referência não somente publicações internacionais como o "Índice de Percepção da Corrupção", publicado anualmente pela Transparência Internacional, mas também uma avaliação interna baseada na experiência e percepção dos próprios empregados da empresa;
- (iii) o nível de envolvimento da empresa em negócios com o governo, entidades governamentais ou empresas públicas;
- (iv) o nível e as principais áreas de interação da empresa com órgãos governamentais (e.g., obtenção de licenças, registros e autorizações, importação e exportação de produtos), bem como os riscos específicos de cada uma dessas áreas, em cada país ou região;
- (v) o modelo de negócios da empresa, incluindo o uso de terceiros intermediários em vendas para o governo ou em áreas de interação com órgãos governamentais (e.g., distribuidores, revendedores, representantes comerciais, consultores, despachantes, prestadores de serviços).⁴³

Riscos
Internos

Além dos riscos externos, é importante que o exercício de mapeamento de risco também avalie fatores internos da empresa, incluindo o seu tamanho, o nível de conscientização e conhecimento de políticas e normas por parte dos empregados, o histórico de violações e investigações, o nível de rotatividade de empregados (especialmente em áreas e funções de maior risco), a existência de funções de controle para detectar violações (não somente nas matrizes ou escritórios centrais, mas em outras unidades, subsidiárias e filiais, especialmente aquelas mais expostas a risco).

42. A classificação de riscos em riscos internos e externos foi utilizada nas diretrizes publicadas no Reino Unido a respeito dos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*. De acordo com as diretrizes, os cinco fatores internos comuns são os seguintes: (i) deficiências em treinamentos de empregados; (ii) uma cultura que premia a assunção excessiva de riscos; (iii) políticas corporativas pouco claras sobre hospitalidades e despesas promocionais; (iv) falta de controles financeiros; e (v) ausência de mensagem clara contra a corrupção por parte da alta administração. Os elementos externos identificados, por sua vez, são os seguintes: (i) risco do país; (ii) risco do setor; (iii) risco das transações; (iv) risco de oportunidades de negócios; e (v) risco em parcerias comerciais.

43. Uma das áreas que representa maiores riscos para empresas em matéria anticorrupção é o relacionamento com parceiros comerciais e outros terceiros, sendo que a maior parte das ações relacionadas a violações ao FCPA se refere ao uso de terceiros.

Como mencionado anteriormente, a avaliação de riscos deve servir de base para que a empresa desenvolva e implemente medidas especificamente estruturadas para minimizá-los, seguindo critérios de proporcionalidade. Ao passo que se espera que as medidas de prevenção sejam mais fortemente estruturadas em áreas e regiões de maior risco, a classificação de riscos também pode servir para que áreas de menor risco estejam sujeitas a controles menos rígidos.

Na mesma linha, o mapeamento de riscos é importante também, como indicado nos *Procedimentos Adequados* da legislação de anticorrupção britânica, para que a empresa possa priorizar a implementação de medidas, sistemas e procedimentos e a alocação de recursos, focando nas áreas e regiões que representam maior exposição a eventos adversos. De fato, especialmente no caso de empresas que estejam formulando ou implementando um programa de *Compliance* até então inexistente ou pouco desenvolvido, a criação de um plano de implementação baseado em uma matriz de prioridades é importante. Assim, a partir de um exercício formal de classificação de riscos, a empresa poderá demonstrar que, na impossibilidade de endereçar todos os riscos ao mesmo tempo com os recursos disponíveis, procurou mitigar prioritariamente aqueles riscos entendidos como mais significativos.

Vale notar que a classificação de riscos não deve, necessariamente, seguir parâmetros baseados no valor das transações envolvidas. De fato, em muitos casos, transações de menor valor podem representar riscos de corrupção maiores do que transações e pagamentos de maior porte. A esse respeito, uma das áreas que tradicionalmente é identificada como uma área de risco elevado se refere a pagamentos de presentes, entretenimento e hospitalidades para funcionários públicos. Apesar de os valores de tais pagamentos, quando individualmente analisados, não serem altos, essa prática traz consigo uma exposição inerente a violações de legislações anticorrupção. O mesmo se aplica aos chamados "pagamentos de facilitação" para acelerar a prática de atos rotineiros por parte de agentes públicos. Ainda que reconhecidos pelo FCPA como uma exceção ao seu dispositivo anticorrupção (sob algumas condições), "pagamentos de facilitação" são consideradas ilícitos na grande maioria dos países, inclusive no Brasil. Assim, é importante que tais áreas em que pagamentos de menor valor são envolvidos tenham suas dimensões corretamente compreendidas e mapeadas em um exercício de análise de risco de anticorrupção.

Além disso, o exercício de análise de risco deve ser conduzido regularmente e periodicamente.⁴⁴ Os riscos (tanto externos quanto internos) estão sujeitos a

44. No caso envolvendo a Johnson & Johnson, já citado anteriormente, o DOJ também incluiu dentre as obrigações de *Compliance* assumidas pela empresa um item específico sobre "análise de riscos e auditorias". Este item menciona, dentre outros pontos, que o exercício de análise de riscos deve ocorrer periodicamente e em intervalos razoáveis e deve conter uma revisão de tendências em interações

Mitigar os riscos mais significativos

Não se pre o valor da operação envolvendo os riscos envolvidos

constantes mudanças, não somente pela alteração do cenário legal e regulatório de cada região e mercado, mas principalmente porque os negócios das empresas são dinâmicos (e.g., novos negócios e mercados e novas linhas de produtos, inclusive em decorrência de fusões e aquisições; novos parceiros comerciais e terceiros são contratados pela empresa; novos modelos e estruturas comerciais são adotadas). Vale destacar que a periodicidade específica para a atualização da análise de risco deve ser considerada para cada empresa (e, dentro dela, para cada país ou unidade de negócios), levando-se em conta seu nível de exposição a riscos. O que é importante, contudo, é que se possa demonstrar que o exercício de análise de risco é parte de um processo claramente estabelecido, regular e sistemático, e não apenas ocasional e eventual.

Desta forma, o exercício de mapeamento e análise de riscos deve ser devidamente documentado em relatórios, com a indicação das principais áreas de risco que servirão de base para a estruturação, aprimoramento ou atualização de políticas, procedimentos e demais componentes do programa de *Compliance*. Vale destacar, nesse ponto, que como o mapeamento e análise de riscos acaba por apontar as principais áreas de risco e vulnerabilidades da empresa, em muitos casos é recomendável que o exercício seja conduzido ou coordenado por advogados a fim de conferir proteção com base no privilégio de comunicações entre cliente e advogado, o que pode ser especialmente importante para evitar sua apresentação obrigatória em processos por possível violação do FCPA junto a autoridades norte-americanas.

Por fim, vale destacar que a condução do exercício de análise de risco deve ser feita por um grupo de profissionais qualificados. Tais profissionais incluem profissionais com experiência em prevenção, investigação e detecção de violações e com conhecimento dos principais desafios legais e regulatórios em cada mercado e jurisdição, bem como profissionais de auditoria.

4.3. Políticas, controles e procedimentos

A partir do entendimento das principais áreas de risco da empresa com relação à corrupção, e contando com o comprometimento e suporte de sua alta administração, o próximo passo para a implementação de um programa de *Compliance* efetivo é o desenvolvimento de regras, controles e procedimentos objetivando minimizar a possibilidade de práticas de condutas ilícitas.

Atualmente, é difícil encontrar empresas com atuação internacional que não possuam ao menos um código de conduta. Contudo, um sistema de prevenção

com agentes públicos e profissionais da área de saúde, sendo que, como resultado de tais exercícios periódicos, a empresa deve alterar seu programa de *Compliance* com o objetivo de minimizar riscos. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/deputy-inc/04-08-11deputy-dpa.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

↓
possibilidade

Amplitude do Compliance > Códigos de conduta

de corrupção exige muito mais do que isso. Ao passo que códigos de conduta devem estabelecer, de forma simples, clara e inequívoca, os valores e princípios éticos da empresa, incluindo a não tolerância a qualquer forma de corrupção, programas de *Compliance* efetivos demandam um conjunto mais amplo de políticas e, principalmente, de controles e procedimentos para a mitigação de riscos.

Códigos de conduta podem simplesmente estabelecer que a empresa não aceita ou tolera qualquer forma de corrupção, através de uma linguagem de fácil acesso e compreensão. Paralelamente, e como forma de implementar medidas concretas para minimizar o risco de pagamentos indevidos para agentes públicos, políticas e procedimentos específicos podem ser desenvolvidos para, por exemplo, tratar da aprovação da contratação de terceiros pela empresa para interação com o governo (e.g., procedimentos para verificação prévia da reputação e histórico de violações do terceiro, eventuais conexões com agentes públicos, etc.). Da mesma forma, para empresas que utilizem terceiros para vendas para o setor público, políticas e procedimentos que tratem da aprovação de descontos adicionais para distribuidores ou de comissões podem ser implementados para mitigar os riscos de que eventuais valores sejam repassados a agentes públicos.

A existência de padrões e procedimentos para prevenir e detectar condutas indevidas e a adoção de medidas razoáveis para garantir seu cumprimento são elementos expressamente citados no *U.S. Sentencing Guidelines*, que também menciona a importância da efetiva aplicação do programa de *Compliance* através de incentivos e medidas disciplinares apropriadas. Por sua vez, as *Boas Práticas* da OCDE citam, dentre seus elementos, a existência de políticas de anticorrupção claras, bem como a manutenção de controles internos eficazes e registros contábeis precisos e a possibilidade de serem realizadas denúncias de violações de forma confidencial, sem retaliação.

As *Boas Práticas* da OCDE também mencionam algumas das principais políticas que devem ser consideradas ao estruturar um programa de *Compliance*, destacando que elas devem ser aplicáveis a todos os empregados da empresa, bem como a todas as entidades sobre as quais a empresa tenha controle efetivo, incluindo as filiais. Especificamente, as diretrizes da OCDE mencionam políticas sobre (i) brindes e presentes; (ii) entretenimento, hospitalidade e outras despesas; (iii) viagens; (iv) contribuições políticas; (v) doações e patrocínios; (vi) pagamentos de facilitação; e (vii) extorsão e solicitação de propina.

De fato, muito embora a não aceitação de práticas de corrupção possa ser delineada, de forma geral, em um código de conduta, os temas citados nas *Boas Práticas* da OCDE constituem importantes áreas de risco para violações de legislação de anticorrupção. Mais do que isso, são assuntos muitas vezes tratados de forma diferente em cada país, não somente do ponto de vista legal, mas também culturalmente. Em muitas situações, a definição do que é ou não considerado

Controles Internos
Registros Contábeis
Denúncias Confidenciais

Áreas de risco comuns

uma prática aceitável é imprecisa nas legislações locais, dando margem a diferentes interpretações. Este é o caso do oferecimento de brindes e presentes para funcionários públicos ou de atividades promocionais envolvendo algum tipo de pagamento de despesas de viagem ou hospitalidade. Justamente para endereçar as dificuldades de entendimento e interpretação dos limites legais e evitar que julgamentos e decisões sejam tomadas individualmente por cada empregado, políticas internas claramente estabelecidas e que reflitam não somente exigências internacionais como também questões legais locais são importantes para operacionalizar sua implementação, fornecendo diretrizes a respeito do que a empresa permite ou não, e em que condições.

Além do tema relacionado a presentes e hospitalidades, abordado com mais detalhes em capítulo específico deste Livro, outras áreas em que políticas e procedimentos específicos são importantes se referem a doações e patrocínios e contribuições políticas e filantrópicas. Dependendo das atividades da empresa, outras políticas e procedimentos podem ser desejáveis, como, por exemplo, políticas que estabeleçam regras e limites para interação com órgãos públicos no contexto da participação em licitações. Embora a legislação local possa tratar destes temas, o que se verifica, na prática, é que existem muitas “zonas cinzas” que nem sempre são de fácil entendimento, especialmente por empregados que, via de regra, não terão formação jurídica (e.g., vendedores).

Mais do que estabelecer protocolos claros sobre o que é permitido, a criação de procedimentos específicos de aprovação e rastreamento são particularmente importantes para permitir que a empresa possa avaliar adequadamente e antecipadamente os riscos envolvidos em pagamentos específicos que venham a ser permitidos pelas políticas internas (e.g., brindes ou despesas promocionais envolvendo funcionários públicos) e, posteriormente, possa rastreá-los em seus registros internos. Um sistema robusto de aprovação e registro de transações deve permitir que todas as informações relevantes a uma situação específica sejam facilmente capturadas e analisadas por níveis adequados dentro da organização responsáveis por sua aprovação, o que permitirá a demonstração de diligência por parte da empresa em áreas de maior nível de risco.⁴⁵

Vale destacar, novamente, a importância de que políticas, controles e procedimentos sejam estruturados e implementados tomando como base critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Por um lado, políticas, controles e procedimentos devem endereçar situações de risco significativo de modo apropriado. Por outro lado, políticas, controles e procedimentos excessivamente rígidos,

45. Este é o caso, por exemplo, de um sistema para registro de brindes e hospitalidades. Outro exemplo se refere a sistemas para aprovação de descontos adicionais ou desvios a termos comerciais padrão com parceiros comerciais, especialmente no caso de tais parceiros comerciais atuarem em vendas para entidades governamentais.

burocráticos ou complicados, além de impactar negativamente as atividades da empresa, provavelmente serão pouco eficientes e surtirão o efeito contrário ao desejado. Na mesma linha, para otimizar sua eficiência, políticas e procedimentos devem ser de fácil compreensão e implementação por todos os níveis de empregados a quem se destinem. Este ponto é especificamente abordado nas diretrizes dos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*, que destacam a importância de que políticas e procedimentos sejam estabelecidos de forma clara, prática e acessível.⁴⁶

Uma outra área em que políticas e procedimentos são importantes se refere à contratação e utilização de terceiros. Distribuidores, revendedores, representantes comerciais, parceiros comerciais e prestadores de serviço de modo geral constituem parte essencial de uma cadeia produtiva e econômica eficiente. Nenhuma empresa pode desempenhar, sozinha, todas as atividades envolvidas em seus negócios.

Por outro lado, é inegável que a utilização de terceiros intermediários em vendas para entidades governamentais ou para interação com órgãos públicos representa uma das principais áreas de risco de corrupção. Isso porque, em primeiro lugar, terceiros podem ser utilizados como forma de canalizar pagamentos indevidos para agentes públicos. Em segundo lugar, o nível de controle e acompanhamento por parte da empresa a respeito das atividades e condutas de seus terceiros é limitado, o que não isenta, contudo, a empresa de potencial responsabilidade por atos ilícitos que venham a ser por eles cometidos. Conforme abordado em capítulos específicos dessa publicação, o FCPA tem sido aplicado de forma bastante agressiva no que diz respeito à imputação de responsabilidade por atos cometidos por terceiros, especialmente se a empresa possuía elementos que possibilitassem a identificação de uma alta probabilidade de que atos de corrupção pudessem estar sendo cometidos. No Brasil, sistemática semelhante está prevista no Projeto de Lei nº 6.826/2010. Sob o *UK Bribery Act*, a falha da empresa em prevenir a corrupção é punível, independentemente de a violação ter sido cometida por empregado ou por qualquer terceiro (pessoa física ou jurídica) associado à empresa, e independentemente da natureza do vínculo entre a empresa e o terceiro.

Diante da potencial responsabilidade por atos de terceiros, e reconhecendo o importante papel desempenhado por parceiros comerciais, é importante que

46. Conforme destacado mais abaixo no item 4.4 (Comunicação e Treinamento), as autoridades norte-americanas já indicaram que, para serem considerados efetivos, treinamentos e políticas devem ser fornecidos em idioma local. No caso de empresas multinacionais estrangeiras, além do uso do idioma local, a linguagem geral utilizada também é importante para aproximar o código de conduta e as políticas à realidade e ao dia a dia dos empregados em cada localidade, minimizando o risco de "rejeição". As particularidades de cada empresa também devem ser levadas em consideração para desenvolver políticas que sejam o mais customizadas possível.

Resp. Civil
FCPA
UKBA
Lei 12846

Due diligence

controles e procedimentos sejam desenvolvidos para mitigar riscos e demonstrar uma conduta diligente por parte da empresa. De modo geral, tais controles incluem procedimentos prévios à contratação do terceiro e sistemas regulares de aprovações e acompanhamento. Da mesma forma, procedimentos de *Due Diligence* também são criticamente importantes para a avaliação de riscos em operações de fusões e aquisições, bem como na formação de associações e *joint ventures*. Estes temas e as principais medidas que podem ser adotadas pelas empresas para avaliação de parceiros comerciais e terceiros de modo geral, bem como em processos de fusões e aquisições, são tratados em capítulo específico deste Livro, de modo que não nos aprofundaremos em sua análise no presente artigo, valendo destacar que programas de *Compliance* efetivos devem contemplar procedimentos específicos que permitam à empresa analisar e avaliar tais riscos de modo adequado. É importante que tais procedimentos sejam claramente estabelecidos e formalmente implementados, de modo a destacar sua aplicação sistemática e estruturada. Da mesma forma, os resultados dos procedimentos de *Due Diligence* (ainda que negativos e que resultem na não contratação de um terceiro) devem ser adequadamente documentados e arquivados para fácil referência futura.⁴⁷

Cláusulas Anticorrupção

No momento da contratação, os principais controles envolverão também a inclusão de cláusulas específicas nos instrumentos contratuais visando a permitir o exercício de auditoria e o acompanhamento mais efetivo por parte da empresa a respeito do cumprimento, pelo parceiro, da legislação aplicável e das políticas da empresa.⁴⁸⁻⁴⁹

47. Além dos diversos casos em que as autoridades norte-americanas impuseram responsabilidade às empresas sujeitas por atos cometidos por terceiros ou empresas adquiridas (conforme exposto no capítulo específico deste Livro sobre o tema), as autoridades norte-americanas também sistematicamente estabelecem obrigações relativas a terceiros em seus acordos. O caso Panalpina, já citado neste artigo, é um exemplo de caso em que DOJ incluiu nas obrigações de *Compliance* assumidas pela empresa alguns itens específicos sobre a contratação de terceiros, adotando os mesmos parâmetros utilizados nas *Boas Práticas* da OCDE. No item 11 do acordo celebrado pela Panalpina com o DOJ, a empresa se comprometeu a instituir procedimentos de *Due Diligence* apropriados com relação à contratação e supervisão de todos os seus agentes e parceiros comerciais. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

48. O caso Panalpina também ilustra o entendimento da importância de cláusulas contratuais por parte das autoridades norte-americanas. No acordo celebrado com a Panalpina, o DOJ incluiu dispositivo específico a esse respeito nas obrigações de *Compliance* da empresa. No texto do acordo, a Panalpina se comprometeu a inserir, quando necessário e apropriado, disposições padrão em todos os seus contratos com agentes e parceiros comerciais, as quais devem ser razoavelmente estruturadas para prevenir violações. Além de cláusulas em que os terceiros se comprometem a observar legislações anticorrupção, o item menciona também a necessidade de inclusão de cláusulas que permitam a condução de auditorias no terceiro e cláusulas que permitam a rescisão dos contratos em caso de violações das declarações e compromissos anticorrupção pelo parceiro. Disponível em: <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/panalpina-inc/11-04-10panalpina-plea.pdf>> Acesso em: 12 setembro 2012.

49. Mais do que possuir mera previsão de realização de auditoria, é fundamental que os contratos contenham cláusulas cuidadosamente revisadas e adequadas ao sistema jurídico brasileiro, caso contrário a capacidade de conduzir auditoria com acesso a documentos, informações e pessoas necessários para uma completa análise de riscos poderá ser fortemente impactada.

Além disso, conforme brevemente mencionado acima, a implementação de procedimentos e sistemas específicos para a aprovação de quaisquer desvios aos termos comerciais padrão (e.g., descontos ou comissões adicionais) é importante para permitir que a empresa possa avaliar a sua necessidade e razoabilidade, diante da situação concreta e de justificativas comerciais específicas e fundamentadas.

Conforme abordado no item 4.5 a seguir (Monitoramento, Auditoria e Remediação), é fundamental que os procedimentos e controles desenvolvidos pelas empresas sejam submetidos a verificações periódicas com o objetivo de testar sua eficácia e determinar se os objetivos pretendidos em sua implementação estão sendo alcançados. Procedimentos e controles que sejam vistos como obrigações meramente burocráticas a serem cumpridas serão, via de regra, ineficientes.⁵⁰ Da mesma forma, é importante destacar que todas as políticas, controles e procedimentos da empresa devem ser objeto de revisões periódicas para fins de atualização, principalmente para mitigar deficiências que venham a ser apontadas pelos exercícios regulares de análise de risco, monitoramento e auditoria. Como regra geral, a manutenção do programa de *Compliance* deve ser entendida como um parte de um processo constante e dinâmico.

4.4. Comunicação e treinamento

Conforme mencionado na seção anterior, é fundamental que as políticas e procedimentos sejam estabelecidos de forma clara, prática e facilmente acessível. Medidas para garantir a comunicação efetiva das políticas e procedimentos e para assegurar um nível de entendimento adequado por parte de todos os seus destinatários (sejam empregados ou terceiros) são essenciais para que o programa de *Compliance* como um todo possa ser considerado efetivo.

A importância do elemento de comunicação e treinamento é ressaltada nas principais referências internacionais sobre programas de *Compliance*. Nos Estados Unidos, o *U.S. Sentencing Guidelines* cita especificamente a necessidade de comunicação periódica dos padrões e procedimentos e dos demais aspectos do programa de *Compliance* através de programas de treinamento efetivos e da disseminação de informações relevantes a cada empregado, tendo em vista suas funções e responsabilidades. As *Boas Práticas* da OCDE mencionam, na mesma linha, a importância de comunicação e treinamento, devidamente documentados e fornecidos para todos os níveis da empresa. O mesmo princípio é também incorporado nos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*.

50. Utilizando o exemplo de controles para aprovação de descontos adicionais para distribuidores ou revendedores citado no parágrafo anterior, é importante que verificações periódicas determinem se as informações necessárias para o entendimento de todas as circunstâncias e justificativas comerciais para a aprovação estão sendo corretamente capturadas ou se, por exemplo, textos padrões e idênticos estão sendo inseridos como justificativa para toda e qualquer solicitação de desconto adicional, sem qualquer checagem ou confirmação.

A comunicação clara e inequívoca dos princípios e valores éticos da empresa é fundamental para transmitir o compromisso e o suporte da administração. Diferentes estratégias de comunicação podem ser implementadas com o objetivo de reforçar, em diversos momentos e situações, a mensagem da cultura de *Compliance* da empresa.

Além disso, políticas e procedimentos que sejam desconhecidos por quem deve segui-los são equivalentes a políticas e procedimentos inexistentes e, conseqüentemente, ineficazes. Treinamentos são essenciais para suprir quaisquer lacunas de entendimento a respeito das normas legais aplicáveis ou das políticas internas da empresa. Conforme mencionado anteriormente, muitas das áreas que representam riscos significativos de violação não são totalmente regulamentadas ou a regulamentação existente não endereça de forma clara as principais situações às quais a empresa está exposta em suas atividades. Ademais, os empregados que estarão mais comumente expostos a situações de risco não terão, via de regra, formação específica que os permita interpretar as normas existentes de forma correta e segura simplesmente por meio da leitura de políticas.

Sobre as formas de implementação de programas de treinamento em assuntos relacionados à prevenção da corrupção, novamente devem prevalecer os critérios de razoabilidade e proporcionalidade aos riscos específicos de cada empresa. Isso inclui a definição dos tópicos a serem abordados e a necessidade de treinamentos sobre temas específicos para determinados grupos ou departamentos (e.g., treinamento específico sobre prevenção de riscos em licitações, processos de importação e exportação, etc.), bem como a priorização de públicos e localidades mais significativamente expostos a riscos.

Ao passo que treinamentos presenciais podem ser desejáveis para membros da administração ou empregados mais expostos a áreas de risco, é possível que, para os demais empregados da empresa, treinamentos ministrados eletronicamente através de programas específicos possam ser suficientes. Em qualquer caso, o uso do idioma local em treinamentos (bem como em políticas) tem sido entendido como um elemento essencial a ser observado, o que foi particularmente observado pela SEC em um caso envolvendo a empresa de dispositivos médicos Orthofix por violações cometidas por sua subsidiária Promeca no México. Ao analisar o programa de *Compliance* da Orthofix, a SEC concluiu que ele não poderia ser considerado efetivo uma vez que códigos de conduta e treinamentos foram fornecidos apenas em inglês, o que tornava improvável que os empregados da subsidiária mexicana da empresa os tivessem entendido já que, em sua maioria, possuíam nível de inglês mínimo.⁵¹

51. Disponível em: < <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-133.pdf> > Acesso em: 12 setembro 2012.

Vale destacar que treinamentos presenciais, preferencialmente ministrados por profissionais especializados e levando em consideração aspectos legais e culturais de cada localidade, são importantes não somente para garantir a sua eficácia, mas também porque servem, ao mesmo tempo, de eficiente ferramenta de mapeamento e análise de risco. De fato, ao permitir maior interação com os empregados nos temas abordados, treinamentos presenciais estimulam que pontos de dúvida ou situações corriqueiramente verificadas possam ser compartilhadas e conhecidas pelos profissionais de *Compliance* da empresa. Para isso, treinamentos devem refletir ao máximo situações concretamente vivenciadas pelos empregados, ilustradas a partir de exemplos práticos e estudos de caso hipotéticos.

Importância
refletir
os
casos
concretos

Tal como o programa de *Compliance* como um todo, treinamentos devem ser constantemente submetidos a atualizações e revisões. Conforme mencionado anteriormente, não somente o cenário regulatório e legal se altera frequentemente, mas também as áreas de risco e o próprio negócio da empresa são dinâmicos. É importante também que treinamentos sejam fornecidos periodicamente, particularmente para os empregados e funções mais expostas a risco, mantendo-se registro e documentação a respeito da participação de cada empregado nos treinamentos.

Por fim, importante mencionar que o elemento de comunicação e treinamento é relevante não somente com relação a empregados, mas também a terceiros. Obviamente, não é todo tipo de terceiro que necessitará receber treinamento por parte da empresa a respeito de suas políticas e práticas comerciais em matéria de anticorrupção, ainda que todos tenham que certificar o recebimento e se comprometer com o cumprimento de normas de conduta da empresa. Contudo, pelos mesmos motivos expostos anteriormente, pode ser recomendável, como parte do programa de *Compliance*, fornecer treinamento para terceiros que representem nível de risco mais elevado para a empresa (e.g., terceiros que comercializam ou intermediam negócios com o governo ou que atuam em áreas de maior risco de corrupção).

Treinamento
p/ 3ºs

4.5. Monitoramento, auditoria e remediação

Após a implementação de políticas e procedimentos de *Compliance*, desenvolvidos de modo proporcional ao nível de risco da empresa e apoiados por uma estratégia eficiente de comunicação e treinamento, a questão final para o sucesso do programa de *Compliance* é verificar se todos os seus destinatários estão, de fato, cumprindo o que deles se espera, bem como responder adequadamente à ocorrência de violações ou falhas. De nada adiantará o esforço para a estruturação de um conjunto de regras, procedimentos e controles se, na prática, eles não forem seguidos.

Fase
de
Monitoramento
e
Respostas

O *US Sentencing Guidelines* cita a importância do monitoramento e auditoria para certificar o cumprimento do programa de *Compliance*, com menção

específica à manutenção de mecanismos que permitam a comunicação de irregularidades à empresa. Menciona também que as empresas devem periodicamente verificar a adequação dos seus procedimentos, bem como responder rapidamente a alegações de violação através de medidas disciplinares adequadas e da modificação de procedimentos e controles que não tenham funcionado de modo a prevenir a violação.

As *Boas Práticas* da OCDE, de modo semelhante, citam, dentre seus elementos, que a empresa deve possuir procedimentos disciplinares apropriados para, entre outras coisas, tratar de violações, em todos os níveis da empresa, à legislação de anticorrupção e ao seu programa de *Compliance*. Menciona, ainda, a importância de permitir que sejam realizadas denúncias de violações de forma confidencial, sem retaliação, e que haja revisão periódica dos programas de *Compliance*. O mesmo se verifica com a legislação de anticorrupção britânica.

Por um lado, o monitoramento se refere, essencialmente, ao esforço de supervisão para identificar e detectar problemas de *Compliance* o mais cedo possível, agindo rapidamente para corrigi-los. Por outro lado, a auditoria constitui uma revisão mais específica sobre determinados componentes do programa ou sobre regiões ou mercados específicos. Vale destacar que, para fins de programas de *Compliance* em matéria de anticorrupção, o fato de a empresa possuir auditorias externas regulares não significa estar, necessariamente, monitorando a implementação do programa de *Compliance*. Além disso, as funções de auditoria e monitoramento do programa de *Compliance* devem ser vistas como funções separadas e com papéis distintos, embora complementares.

O exercício de monitoramento e auditoria deve envolver, conforme mencionado anteriormente, verificações periódicas para identificar possíveis violações e desvios cometidos por empregados ou terceiros, bem como verificações que testem a eficácia dos procedimentos e controles implementados pela empresa. Além disso, tais procedimentos devem verificar a adequação dos registros e documentações de suporte mantidos pela empresa, sob a perspectiva específica de legislações de anticorrupção.

Tipicamente, trabalhos de auditoria envolverão a realização de entrevistas e testes de transações, sendo importante que sejam realizados por profissionais com experiência na investigação e detecção de violações, bem como por profissionais de auditoria, e que sejam adequadamente documentados. Como o foco de tais trabalhos é detectar risco de corrupção, critérios de materialidade e valor de pagamentos, normalmente utilizados em auditorias para outras finalidades, não devem necessariamente ser os critérios centrais para a definição de amostragem ou prioridades em auditorias relativas a *Compliance* anticorrupção. Deve-se adotar como referência as áreas de maior risco de pagamentos indevidos identificadas no exercício regular de análise de risco.

help
lines

sem
retaliações

Aud.
≠
Compl.

Da mesma forma que os demais componentes do programa de *Compliance* anticorrupção, também o monitoramento e a auditoria devem ser implementados proporcionalmente em razão dos riscos da empresa. Nesse sentido, espera-se que o monitoramento seja mais fortemente exercido com relação às áreas que apresentam maior nível de exposição a violações. O mesmo se aplica a auditorias, que devem ser conduzidas de forma mais frequente em mercados, regiões e assuntos mais suscetíveis a práticas ilícitas.

Uma das principais medidas para aumentar as chances de que a empresa detecte potenciais violações é a manutenção de um canal de comunicação de denúncias ou suspeitas. Este elemento, expressamente reconhecido nas principais referências internacionais sobre programas de *Compliance*, também é citado no Projeto de Lei nº 6.826/2010, no mesmo dispositivo que reconhece a existência de programas de *Compliance* como fator a ser levado em consideração na aplicação de sanções.

Embora a prática indique que uma grande parcela das comunicações feitas através de canais de denúncia não se relacionam a questões de *Compliance* de modo geral nem, mais especificamente, à corrupção, a manutenção destes sistemas tem permitido que comunicações concretas de violações à legislação de anticorrupção ou de outros casos de infrações éticas importantes cheguem ao conhecimento das empresas.

Além de permitir a comunicação de denúncias por empregados, canais de comunicação também devem permitir o recebimento de informações, de modo confidencial, por terceiros e parceiros comerciais.⁵² Também são importantes, conforme indicado nas *Boas Práticas* da OCDE, para permitir que empregados que estejam sofrendo pressões por parte de superiores para praticar condutas antiéticas possam reportar tal fato à empresa de modo confidencial.

Ao receber denúncias ou tomar conhecimento de suspeitas de condutas ilícitas, a empresa deve responder rapidamente para investigar os fatos e adotar medidas disciplinares proporcionais, que podem incluir o desligamento de empregados ou a rescisão de contratos com parceiros comerciais. Não trataremos, nesse artigo, da condução de investigações internas ou das precauções que devem ser tomadas para garantir a sua credibilidade e independência, uma vez que este tema é objeto de capítulo específico desse Livro. O que deve ser destacado neste artigo é a importância de resposta adequada por parte da empresa em qualquer situação em que ela tome conhecimento de eventuais violações, seja através de mecanismos de auditoria ou a partir de denúncias (internas ou externas). Além disso, vale mencionar que um dos fatores centrais para a credibilidade de

52. Tal ponto é expressamente mencionado nas principais referências internacionais que trazem parâmetros a respeito de programas de *Compliance*, incluindo o *U.S. Sentencing Guidelines*.

Canais
de
denúncia
simples

Procedimentos
Disciplinares

qualquer investigação interna é a imediata preservação de possíveis fontes de evidência e documentos, inclusive eletrônicos, o que ressalta a importância de ação ágil por parte da empresa em caso de suspeitas de irregularidades. Para que a empresa esteja preparada para responder rapidamente e preservar evidências, pode ser recomendável desenvolver procedimentos pré-aprovados e preestabelecidos de resposta a comunicações de irregularidades, incluindo protocolos gerais a serem seguidos em investigações internas.

Outro ponto importante a ser citado com relação a canais de denúncia é a garantia de preservação da identidade de quem faz a comunicação, bem como que nenhuma forma de retaliação contra denunciante de boa-fé seja tolerada. Estes pontos devem ser comunicados claramente a todos os empregados da empresa, juntamente com uma estratégia de ampla divulgação da existência dos canais de comunicação. A manutenção de canais de comunicação que sejam desconhecidos ou de difícil acesso equivalem, na prática, a não ter qualquer canal de comunicação. Por esse motivo, é importante que todos os empregados recebam treinamento adequado sobre como reportar suspeitas de irregularidade à empresa. Gerentes e diretores devem também saber como agir caso recebam comunicações de irregularidades diretamente de seus subordinados, encaminhando e reportando imediatamente para os profissionais responsáveis pela área de *Compliance*, de modo a evitar que informações relevantes se percam ou que não sejam tratadas de forma adequada.

feed
back
so se
desligar
da
empresa

Outra medida para aumentar as chances de que a empresa detecte possíveis violações de legislações de anticorrupção ou outras questões éticas se refere à inclusão de um componente focado em tais questões em entrevistas de desligamento de empregados (se não de todos, ao menos de empregados em determinadas funções ou posições de maior risco). Ao passo que muitos empregados poderão relutar em comunicar violações durante o curso de seus vínculos com a empresa, a probabilidade de que estejam dispostos a fazê-lo no momento de sua saída da empresa será, via de regra, maior. Obviamente, determinadas precauções devem ser tomadas para endereçar outros riscos para a empresa, especialmente na esfera trabalhista, sendo importante que tal componente de entrevistas de desligamento seja conduzido por profissionais devidamente treinados.

Precauções
trabalhistas

Por fim, conforme já citado acima no tópico relativo a cláusulas contratuais, uma medida importante para a efetiva implementação de programas de *Compliance* no que se refere a terceiros e parceiros comerciais é a condução de auditorias periódicas com foco específico no cumprimento de legislações de anticorrupção. Não expandiremos nesse tema já que ele é abordado em mais detalhes em capítulo específico deste Livro. É importante destacar, em todo caso, que de nada adianta o contrato com o terceiro prever direito de condução de auditoria se a empresa não exercer, de fato, esse direito de forma periódica e sistemática.

5. Conclusões

A aplicação de legislações de anticorrupção em nível internacional tem se tornado cada vez mais agressiva, impondo responsabilidade direta à pessoa jurídica por atos praticados por seus empregados e terceiros, com sanções significativas. Ao mesmo tempo em que se verifica um endurecimento do combate à corrupção, observa-se também o crescente reconhecimento de programas e procedimentos destinados a prevenir condutas ilícitas como uma forma de mitigar riscos. Tudo indica que o Brasil deva seguir o mesmo modelo através da adoção de legislação específica.

Reconhecendo que empresas que adotam uma postura comprovadamente diligente e vigilante devem receber tratamento diferenciado em relação às que optam por fechar os olhos diante da corrupção, incentiva-se o seu combate e prevenção dentro das próprias organizações. Isso não significa minimizar o papel de fiscalização, combate e repressão que deve ser desempenhado pelo Estado, que continua fundamental, mas indicar que a lei deve ser aplicada, e de fato aplicá-la, com mais rigor contra empresas que negligenciam seu papel na prevenção da corrupção.

O combate à corrupção também depende da iniciativa privada e depende, fundamentalmente, de uma mudança profunda de cultura no ambiente corporativo. Ainda que programas de *Compliance* possam ser inicialmente impulsionados pela concessão de tratamento diferenciado na aplicação de penalidades e sanções, sua adoção e implementação, desde que realizadas de modo efetivo, poderão contribuir significativamente para esse processo de mudança cultural, em um ciclo virtuoso em direção a não tolerância à corrupção.

1. Introdução

O presente artigo aborda os riscos para pessoas físicas e jurídicas sujeitas à legislação norte-americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) na utilização de terceiros, bem como as implicações da referida lei nas operações de fusões e aquisições. Ademais,

1) Condensado de "Compliance Anticorrupção e Condições do Território Brasileiro de Direito Empresarial (ISRAEL DENTI), Professor Visitante do Curso de Pós-graduação em Gestão em Direito para Economistas da Fundação Getúlio Vargas e Adingado de Faculdade French Rossi e Wotzabal Advogados, Rio de Janeiro, pela FUCSP, Mestre em Direito Contratado na University of Florida e Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas.

2) O FCPA proíbe práticas de corrupção no exterior. Conheça alguns dos tipos de práticas antiempresariais de corrupção e como elas afetam as empresas.

3) Estão sujeitos ao FCPA: (i) todas as empresas de capital aberto listadas nos Estados Unidos para o registro em bolsa de valores (NASDAQ ou NYSE) ou com obrigação de divulgar informações periódicas por meio de relatórios anuais ou trimestrais obrigatoriamente nos Estados Unidos e qualquer empresa ou indivíduo ou entidade local de negócios que tenha se envolvido em uma operação comercial com uma empresa de capital aberto nos Estados Unidos, ou em uma operação comercial com uma