

Insper Instituto de Ensino e Pesquisa

LL.M. em Direito dos Contratos

Wilde Cunha Colares

**ÉTICA E *COMPLIANCE* NAS EMPRESAS DE
*OUTSOURCING***

São Paulo

2014

Wilde Cunha Colares

Ética e compliance nas empresas de outsourcing

Monografia apresentada ao Curso de LL.M. em
Direito dos Contratos, como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Pós Graduação Lato Sensu.

Orientador: Prof. Daniel Martins Boulos

São Paulo

2014

Colares, Wilde Cunha

Ética e *compliance* nas empresas de outsourcing / Wilde
Cunha Colares; orientador Daniel Martins Boulos. – São Paulo: Insper, 2014
199 f.

Monografia (LLM – Legal Law Master) Programa de pós-
graduação em Direito. Área de concentração: Contratos – Insper Instituto de
Ensino e Pesquisa.

1. *Compliance* 2. Terceirização 3. Corrupção

FOLHA DE APROVAÇÃO

Wilde Cunha Colares

Ética e *compliance* nas empresas de outsourcing

Monografia apresentada ao Curso de LLM em Direito dos Contratos, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito.

Área de concentração: Contratos

Aprovado em: Setembro/2013

Banca examinadora

Prof. Dr.
Instituição: Insper

Assinatura: _____

Prof. Dr.
Instituição: Insper

Assinatura: _____

Prof. Dr.
Instituição: Insper

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado, primeiramente, a meus pais, **Maria do Carmo Sacramento Cunha** e **Wilde Leite Colares** pelos princípios éticos que me foram ensinados. Também, a **Luiz Henrique Martins Castro**, pelo apoio incondicional. Por fim, a **María Sandra Martín Morán** e **Marcia Cristina Romano Santo** por acreditarem no meu trabalho e por todas as oportunidades que me foram dadas e me fizeram chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a **Cecília do Val Moore** e **Anna Lídia Pereira Fernandes**, exemplos de competência e profissionalismo, pelo apoio dado sempre que necessário.

RESUMO

COLARES, Wilde Cunha. **Ética e *compliance* nas empresas de *outsourcing*** 2014. 199 f. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em Direito – LLM) – Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2014.

O objetivo do presente trabalho é analisar o impacto da implementação de um programa de *compliance* eficiente em empresas especializadas em terceirização de serviços, também chamadas de empresas de *outsourcing*. Essa implementação possui especificidades, visto que o produto comercializado por tais companhias é essencialmente dependente do fator humano e, com muita frequência, o serviço é prestado dentro das dependências dos clientes. Tais aspectos trazem desafios singulares, tais como as dificuldades em se fazer uma gestão adequada e garantir não apenas que normas internas sejam observadas mas conseguir determinar quais normas devem prevalecer.

Palavras-chave: *Compliance*; terceirização; corrupção.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AP - Ação Penal

BIRD - Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento

BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento

BIS - *Bank of International Settlements*

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CEO - *Chief Executive Officer*

CGU - Controladoria Geral da União

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

DOJ - *United States Department of Justice*

EUA - Estados Unidos da América

FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*

FGV - Fundação Getúlio Vargas

FMI - Fundo Monetário Internacional

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

IGC - Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada

OICV (IOSCO) - Organização Internacional das Comissões de Valores

ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial

LAC - Nova Lei Anticorrupção

MPT - Ministério Público do Trabalho

MTE - Ministério do Trabalho e Emprego

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU - Organização das Nações Unidas

RU - Reino Unido

SEC - *Securities Exchange Commission*

SOX - Lei Sarbanes-Oxley

TST - Tribunal Superior do Trabalho

UKBA - *United Kingdom Bribery Act*

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Elementos de Despesa do Orçamento do Governo Federal	21
Tabela 2 – Comparativo entre as leis de EUA, RU e brasileira	88

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Investimento estrangeiro direto, em US\$ bilhões, 1995 – 2014	20
Figura 2 – Polícia Federal - operações e servidores presos	57
Figura 3 – Anonimato versus impacto potencial	73
Figura 4 – Detectando atos ilícitos	74
Figura 5 – Percepção de Corrupção	125
Figura 6 – Instituições e corrupção por setor	126
Figura 7 – <i>Ranking</i> da Corrupção	127

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
1.1 Considerações iniciais	19
1.2 O sistema econômico capitalista	23
1.3 Responsabilidade social	27
1.3.1 Origem	28
1.3.2 A responsabilidade social no Brasil	29
1.4 Governança corporativa	31
1.4.1 Origem	32
1.4.2 Governança corporativa no Brasil	34
2 TERCEIRIZAÇÃO (<i>OUTSOURCING</i>)	36
2.1 Conceito	37
2.2 Legislação em trâmite (projeto de lei)	41
2.3 O fenômeno da “pejotização”	42
2.4 O contrato <i>bodyshop</i>	43
3 ÉTICA	46
3.1 Definição	46
3.2 Breve histórico	48
3.3 Ética <i>versus</i> moral	51
3.4 Ética <i>versus</i> lei	53
3.5 Ética empresarial	54
4 COMPLIANCE	57
4.1 Definição	59
4.2 Breve histórico	60
4.3 Função do <i>compliance</i>	63
4.4 Elementos essenciais do <i>compliance</i>	66
4.5 Principais fontes de regulamentação	77
4.6 A Legislação americana	80
4.7 A Legislação britânica	82
4.8 A Legislação brasileira	83
4.9 Legislação comparada	87
4.10 Implementação de um programa de compliance eficiente	89
4.10.1 Comprometimento da alta direção (<i>tone at the top</i>)	90
4.10.2 Avaliação de risco (<i>risk assessment</i>)	91
4.10.3 Elaboração de políticas e procedimentos	92
4.10.4 Treinamento e avaliação	92
4.10.5 Relacionamento com parceiros, fornecedores e clientes	93
4.10.6 Revisão e atualização	95
5 COMPLIANCE NOS CONTRATOS	97
5.1 Visão geral	98
5.2 <i>Compliance</i> e função social	105
5.3 <i>Compliance</i> e autonomia da vontade	109
5.4 <i>Compliance</i> e boa-fé objetiva	110
6 COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE <i>OUTSOURCING</i>	112

6.1	Descentralização do controle	115
6.2	Dificuldades na implementação de normas	116
6.3	Exigências de diferentes setores	117
6.4	<i>Compliance versus</i> lucratividade	118
6.5	Futuro do <i>compliance</i>	120
7	DIFICULDADES ATUAIS E PROPOSTAS	122
7.1	Problemas enfrentados	123
7.2	O Problema da corrupção	124
7.2.1	A Corrupção no Brasil	126
7.2.2	Definição	128
7.2.3	Tipos de corrupção	129
a)	Corrupção ativa	130
b)	Corrupção passiva	130
c)	Corrupção preditiva	130
d)	Corrupção lateral	131
7.2.4	Tipificação proposta	131
a)	Corrupção fisiológica	131
b)	Corrupção circunstancial	133
c)	Corrupção corporativa	134
7.3	Propostas	140
8	CONCLUSÃO	141
ANEXO I	145
ANEXO II	151
ANEXO III	167
ANEXO IV	169
ANEXO V	171
ANEXO VI	173
ANEXO VII	189
REFERÊNCIAS	193

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

O presente trabalho busca analisar os motivos que levaram à necessidade de se adequar a gestão e administração das empresas a regras e padrões determinados, procurando assegurar um mínimo aceitável de confiabilidade nas informações e como essa nova realidade se confronta com os valores que norteiam a economia capitalista, sobretudo quanto à busca pela lucratividade e em momento de plena globalização. Isto é, como garantir a manutenção da lucratividade, da qual dependem as companhias para se manterem ativas, quando esta parece se contrapor às práticas exigidas por normas de conduta cada vez mais rígidas.

O enfoque se dará em especial na gestão de contratos de terceirização (*outsourcing*), nos limites legais que devem ser observados e que, em princípio, vão de encontro aos interesses econômicos empresariais, bem como a crescente necessidade de se adequar a determinados padrões como garantia de manutenção ou aquisição de contratos num cenário em que um número cada vez maior de companhias busca se adequar às normas locais e internacionais de conformidade, sobretudo quando pensam na abertura de capital.

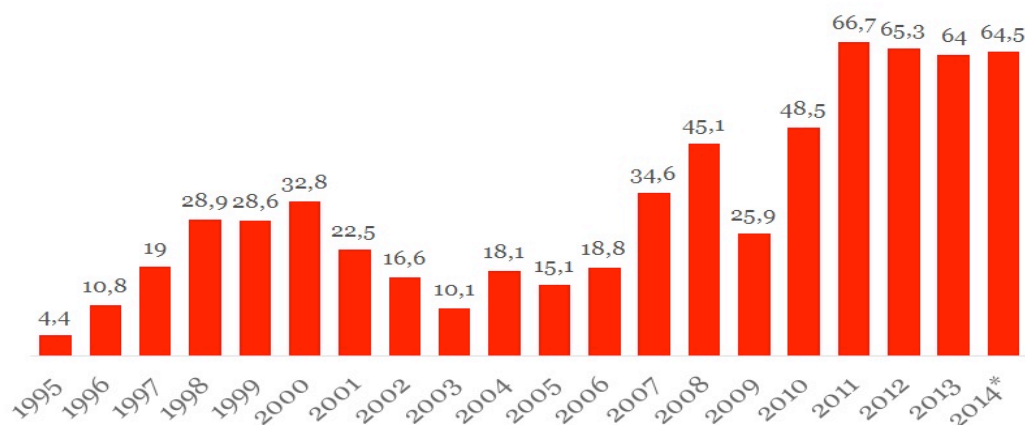
A relevância do assunto e conexão com as matérias abordadas ao longo do curso são verificadas pela enorme importância que os contratos de terceirização vêm adquirindo na dinâmica econômica que se desenvolve atualmente, tanto dentro do país quanto fora ou mesmo em relações de contratação internacional, sobretudo quando se observam as relações de *outsourcing/offshoring* envolvendo capital humano. A conexão contratual, por sua vez, se já não é automática pelo fato de ser o veículo por meio do qual tais relações ocorrem, fica evidente, tendo em vista o enfoque que será dado na análise de conformidade nos contratos de prestação de serviços de terceirização. O Novo Código Civil positivou os princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva tornando ainda mais indiscutível a necessidade de se observar o contexto social no qual o contrato está inserido, relativizando a

autonomia da vontade e tornando ainda mais relevante a determinação do comportamento do homem médio para o que pode entender como boa-fé objetiva. Nesse contexto, o *compliance* encontra ambiente propício para se assentar e se consolidar, visto que passa a ser uma importante ferramenta para garantir que a tais princípios da nova teoria contratual sejam observados.

A escolha do tema se justifica, ainda, pela atualidade do assunto, sobretudo com a recentíssima entrada em vigor da Nova Lei Anticorrupção, Lei 12.846 de 2013, que positivou a importância de códigos de conduta. Também se justifica pela ainda pouca compreensão sobre os diversos aspectos que envolvem o *compliance* e dificuldades em sua implementação, bem como a crescente exigência, traduzida pelo aumento no número de empresas de capital estrangeiro, seja por meio de abertura de novas empresas, seja pela desnacionalização¹ de empresas brasileiras, em especial de empresas americanas, britânicas ou que possuem ações negociadas em bolsas de valores desses países ou mesmo a necessidade de confiança do investidor estrangeiro.

Investimento Estrangeiro Direto²

■ Investimento estrangeiro direto, em US\$ bilhões, 1995 - 2014



Fonte: Banco Central do Brasil. Elaboração: Brasil Debate. * Acumulado em 12 meses em abril de 2014.

¹ BRASIL DE FATO. Em 2012, 296 empresas passaram para controle estrangeiro. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/11819>>. Acesso em 22.12.2014.

² BRASIL DEBATE. Investidores estrangeiros apostam no Brasil. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/investidores-estrangeiros-apostam-no-brasil/>>. Acesso em 22.12.2014.

Em uma economia cada vez mais globalizada, é essencial a adequação a padrões internacionais e criação de normas locais para acompanhar as exigências, sobretudo no que diz respeito à segurança da informação e confiabilidade nos negócios.

Por sua vez, a opção pelo recorte da análise no ambiente de contratos terceirizados se justifica pelo crescente interesse das grandes empresas em otimizar custos e operação, concentrando-se no seu *core business*, prática esta adotada não apenas pela iniciativa privada mas inclusive pelo Governo Federal:

Elementos de Despesa do Orçamento do Governo Federal: despesa empenhada em 2005 e 2010 (R\$ milhões de 2010)³

Elemento de despesa	2005	2010	Var % real
Terceirização de pessoal (*)	2.193	3.997	82%
Desp. variáveis com pessoal civil	546	905	66%
Venc. e vantagens fixas pessoal civil	42.614	68.758	61%
Pensões	60.446	88.821	47%
Aposentadorias e reformas	150.228	210.295	40%
Material de consumo	7.615	10.501	38%

Ao mesmo tempo em que a prática de terceirização traz evidentes benefícios tais como redução de custos e possibilidade de se focar no negócio central, também dificulta e, muitas vezes, impossibilita tais empresas a ter garantia de que todos os aspectos que envolvem seu negócio estão certificados por boas práticas de gestão, livres de irregularidades.

Após exposição do desenvolvimento do tema a partir do seu surgimento e do histórico da terceirização, a análise será focada na gestão de contratos de terceirização e a importância da criação e manutenção de regras de conformidade que deve se desenvolver de acordo com a importância que a empresa vai adquirindo

³ BRASIL ECONOMIA E GOVERNO. Por que o governo gasta tanto com terceirização? Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/09/26/por-que-o-governo-gasta-tanto-com-terceirizacao/>>. Acesso em 23.12.2014.

no ambiente no qual atua e no foco que pretende adotar para compor sua carteira de clientes. Repita-se, num mundo globalizado, parece impensável não considerar como potenciais clientes empresas de capital estrangeiro ou que estejam de alguma forma vinculadas a esse capital, seja por investimentos externos relevantes, seja por possuírem ações negociadas em bolsas como as americanas e inglesas. Isso é suficiente para que as companhias que se propõem a prestar serviços de *outsourcing* se preocupem com em seguir determinados padrões de conduta e implementem normas de *compliance*, visto que certamente isso lhes será exigido em algum momento.

Buscar-se-á propor soluções para o problema por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, análise não apenas de legislação pátria, mas também americana e inglesa dado o avanço em que se encontram e evidente inspiração para a regulação nacional, análise de pesquisas de órgãos de relevância internacional tais como Transparência Internacional e OCDE e jurisprudência atual nos principais tribunais, em especial no que diz respeito à terceirização.

A bibliografia será selecionada considerando o trabalho doutrinário produzido nos últimos cinco anos nas áreas de *compliance*, corrupção, governança corporativa e gestão contratual, bem como em obras de autores consolidados nas áreas de direito do trabalho e direito dos contratos, buscando-se confrontar, sempre que houver necessidade, as opiniões divergentes, se houver. Em virtude da ainda escassez de produção acadêmica na área de *compliance*, sobretudo no que diz respeito à área contratual, buscar-se-á também selecionar artigos disponíveis em revistas especializadas e endereços eletrônicos jurídicos, selecionando aqueles de maior relevância e adequação ao assunto. Em igual sentido, pela escassez de material local, optar-se-á por analisar publicações estrangeiras sempre que necessário.

Pela forma como o tema abordado se insere na realidade global atual, salutar se faz, antes de se iniciar a discussão principal, discorrer, ainda que brevemente, sobre o contexto no qual se insere a problemática ora proposta. Diante disso, cabe

inicialmente uma sucinta análise do sistema capitalista, que é, sem dúvida, de onde nascem as oportunidades econômicas existentes que trazem consigo os problemas e desafios que se busca contornar.

Da mesma forma, pela importância e essencialidade para se compreender melhor o contexto em que nascem as preocupações com *compliance*, cabe abordar também os temas de responsabilidade social e governança corporativa. Com esses assuntos abordados, ter-se-á de forma bem mais claro o ambiente no qual se insere a terceirização a ser discutida logo em seguida e a discussão central do presente trabalho, buscando-se abordar os desafios da ética e *compliance* nas empresas que prestam serviços de terceirização.

1.2 O sistema econômico capitalista

De forma bastante objetiva, podemos afirmar que o capitalismo é um sistema econômico no qual todos os meios de produção são de propriedade privada e no qual existe uma finalidade lucrativa. Nesse sistema, no qual se encontra nossa economia, as decisões sobre investimentos, preços e análise de demandas são feitas pelos próprios proprietários das empresas que detêm esses meios. São elas, portanto, que remuneram a classe trabalhadora que contribui com sua força de trabalho, intelectual ou física, para a execução do produto ou serviço oferecido pela empresa. Assim, o lucro, objetivo final da empresa privada, é dividido entre os proprietários investidores e/ou reinvestido na produção.

Em princípio, o sistema em questão deveria funcionar sem a intervenção do Estado, de acordo com a ideia de *laissez-faire*⁴, cunhada no século XVII e desenvolvida por Adam Smith. No entanto, em todos os países em que o sistema capitalista foi adotado – inicialmente predominante no mundo ocidental pós feudalismo e, atualmente, sendo o sistema dominante em todo o mundo – verificou-

⁴ Termo em língua francesa parte da expressão na sua forma mais completa, *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même* (que, em português, significa "deixem fazer, deixem passar, o mundo vai por si mesmo"). Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Laissez_faire

se a incapacidade de suprir todas as necessidades da sociedade pelo iniciativa privada, fazendo-se necessária, cada vez mais, a intervenção do Estado.

Como explica Eric J. Hobsbawn, houve mudanças na economia capitalista sob quatro aspectos. O primeiro está relacionado às invenções e técnicas da primeira revolução industrial, com novas fontes de energia e, conseqüentemente, poder, representadas pela eletricidade, petróleo, turbinas e motor a explosão, indústrias baseadas em novas ciências e novos maquinários baseados em novos materiais. O segundo aspecto é o aumento considerável do consumo doméstico, conseqüência do aumento de renda e elevação demográfica que, segundo o referido autor, no final do século XIX e início do século XX duplicou na Europa e triplicou nos Estados Unidos. O terceiro fator determinante se caracteriza pela competição entre pequenas e médias empresas locais dando lugar a uma concorrência internacional entre indústrias de diferentes nacionalidades, sobretudo as inglesas, norte-americanas e alemãs. Tal competição levou gradativamente à “concentração econômica, controle de mercado e manipulação”⁵.

Nesse contexto, a presença do Estado não apenas nos serviços mais essenciais foi ganhando força e, em certos casos, fugindo ao controle e adotando um caminho distinto daquele que sua justificaria, em princípio, sua atuação, como se verificou nos diversos regimes autoritários iniciados após a Primeira Guerra Mundial e se acentuando após a Segunda Grande Guerra.

O Estado, na prática, se tornou um Leviatã com crescente poder com a justificativa de atingir os objetivos da massa. Na prática, porém, nas palavras de Eric J. Hobsbawn:

Um novo Estado, cada vez mais forte e intervencionista e, dentro dele, um novo tipo de política desenvolveram-se a partir de então, recebidos com melancolia pelos pensadores antidemocráticos. “A versão moderna dos Direitos do Homem”, pensava o historiador Jacob Burckhardt em 1870, inclui o direito ao trabalho e à

subsistência. Pois os homens não desejam mais deixar os assuntos mais vitais da sociedade, porque eles querem o impossível e imaginam que tal só pode vir a ser obtido com garantia sob compulsão do Estado.⁶

Nos últimos vinte anos, vimos também o surgimento e desenvolvimento de um terceiro setor, entidades que não são nem Estado nem Mercado e quem atuam visando o interesse público, sem dúvida decorrente dessa preocupação da sociedade com os assuntos mais vitais. Como bem exposto pela saudosa antropóloga Ruth Cardoso em artigo originalmente publicado na São Paulo em Perspectiva, “a consciência da necessidade de eliminar do mundo a mancha da fome, da falta de acesso à saúde e aos direitos humanos básicos é, hoje, generalizada”⁷.

A crescente importância desse assunto culminou na sua politização, dificultando um debate mais sério e construtivo com o intuito de buscar a evolução e traçar os limites entre a assistência social necessária e o assistencialismo nocivo ao combate à pobreza e desigualdade.

De forma bastante clara, Ruth Cardoso resume as diferenças entre ambos:

Assistência não se confunde com assistencialismo, mas, dado o alarme contra essa prática, as duas palavras foram desqualificadas.

De todo modo, ainda hoje, com frequência, nos deparamos com programas sociais, governamentais ou filantrópicos que, embora apresentem uma retórica antiassistencialista, mantêm uma prática que repete os velhos métodos.

O que já se sabe com certeza é que essas práticas não eliminam a pobreza, tampouco criam envolvimento dos pobres para combatê-la,

⁵ HOBBSAWN, Eric J. A Era do Capital 1848 – 1875. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 445.

⁶ HOBBSAWN, Eric J. A Era do Capital 1848 – 1875. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 445.

⁷ CARDOSO, Ruth. Obra Reunida. São Paulo: Mameluco, 2011, p. 521

contudo, faltam avaliações objetivas que ajudem a definir os aspectos negativos ou mesmo os positivos, se houver, das ações tradicionais.

Assistencialismo é um estilo, um modo de fazer, que tem como consequência estabelecer uma relação de submissão, e não oferecer instrumentos para a superação das carências que estão sendo minoradas. Quando associadas ao clientelismo, as formas de assistência se transformam em instrumentos de poder. É bom lembrar que, se os governos podem ser os espaços privilegiados para o clientelismo, não são os únicos, pois é possível encontrar esses mesmos usos em entidades privadas.

Acredita-se que, em uma sociedade de comunicação de massa, a relação clientelística tem seus dias contados e que, atualmente, já não possui a eficiência que teve no passado, porque os controles sobre a clientela foram se tornando mais frouxos.

O assistencialismo continua perdendo força nas sociedades contemporâneas, pois já se sabe que ele reproduz a pobreza em vez de combatê-la. Entretanto, apesar disso, continua a ser praticado, porque é fruto de uma visão filantrópica ainda muito generalizada.⁸

Nesse contexto capitalista, encontramos, de um lado, as empresas privadas que necessitam, como condição para se manter na região em que atuam, buscar lucros cada vez maiores para sustentar um crescimento econômico condizente com o aumento da população e desenvolvimento da sociedade, mantendo, para tanto, os mesmos níveis salariais. Do outro lado, temos o Estado procurando incentivar a livre iniciativa, buscando, porém, garantir serviços essenciais à sociedade como mobilidade, energia, segurança, saúde, prestando esses serviços por meio de recursos próprios ou contratando a iniciativa privada em processos licitatórios.

⁸ CARDOSO, Ruth. Obra Reunida. São Paulo: Mameluco, 2011, p. 523 e 524.

Mesmo quando os serviços não são prestados por contratos com empresas privadas e sim gerenciando seus próprios recursos, o Estado continua a depender da iniciativa privada para garantir esses tais recursos próprios, que são sustentados basicamente pelos impostos pagos sociedade em geral.

É de extrema importância, portanto, procurar garantir que esse sistema funcione de forma transparente e com regras claras e válidas para todos os atuantes nesse sistema econômico, sejam pessoas jurídicas ou físicas.

Nesse contexto, em decorrência de inúmeros casos de fraudes, corrupção, concorrência desleal, formação de cartel, pagamento de propina, e tudo o mais que se possa imaginar com objetivo de obtenção de vantagens indevidas, intensificou-se o surgimento de normas cada vez mais rígidas de regulamentação, controle e punição desses atos. As mais recentes provavelmente são a Lei 12.846 de 1º de Agosto de 2013 no Brasil e a *UK Bribery Act*, britânica, de 2010, como veremos mais adiante.

As práticas acima mencionadas, altamente prejudiciais aos negócios mesmo que apenas a médio e longo prazo, contribuiriam para intensificar o interesse que se desenvolveu nas empresas em se procurar contribuir para uma sociedade mais justa e um ambiente de negócios mais limpo, além é claro do aspecto ambiental. Nesse contexto, a responsabilidade social entrou em pauta.

1.3 Responsabilidade social

O mundo contemporâneo vem passando por diversas transformações na economia, política, bem como no ambiente social e cultural, que vem forçando uma mudança na forma como as instituições se relacionam entre si e com a sociedade. Nesse cenário, começaram a ganhar importância os estudos relacionados à

responsabilidade social iniciados na década de 50 nos Estados Unidos e na década seguinte na Europa.⁹

De acordo com o Livro Verde da Comissão Europeia (2001), podemos conceituar a responsabilidade social como a tomada de decisão com base numa escolha voluntária, de contribuir para uma sociedade mais justa e para um ambiente mais limpo. Com base nesse pressuposto, a gestão deve evitar seguir apenas as diretrizes relacionadas aos interesses dos sócios, proprietários, acionistas e sim atentar para os trabalhadores, fornecedores, clientes, concorrentes, consumidores, prestadores, autoridades públicas e a sociedade na qual a empresa está inserida. Temos, assim, dois níveis, de acordo com Carlos Cabral-Cardoso¹⁰, sendo o primeiro o nível interno, relacionado aos trabalhadores e demais partes diretamente interessadas e afetadas pelas decisões da companhia, e o segundo o nível externo que considera as consequências das referidas decisões em relação ao ambiente em que está inserido, seus parceiros e sociedade em geral.

No contexto atual, cada vez mais os consumidores consideram as preocupações sociais e com o meio ambiente como fator decisório no ato de consumo. Portanto, a responsabilidade social vem se tornando cada vez mais um fator decisivo na sobrevivência de negócios, produtos e serviços.

1.3.1 Origem

Suas primeiras manifestações, porém, ocorreram no início do século XX por meio dos trabalhos de Charles Eliot (1906), Arthur Hakley (1907) e John Clark (1916)¹¹. Entretanto, pelo fato de haver um viés socialista, tais estudos foram por vários anos ignorados.

⁹ BICALHO, Aline. 2003. Responsabilidade Social das Empresas: Contribuição das Universidades. São Paulo : Editora Peirópolis, 2003. p. 364.

¹⁰ BALSAN, Juliana Andrea. Responsabilidade social com o público interno. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/77523/000894653.pdf?sequence=1>. Acesso em 23.12.2014.

¹¹ BICALHO, Aline. 2003. Responsabilidade Social das Empresas: Contribuição das Universidades. São Paulo : Editora Peirópolis, 2003. p. 22.

Apenas na década de 50, com Howard Bowen trazendo o tema de volta no livro *Social Responsibilities of the Businessman* é que o assunto finalmente começou a receber atenção crescente. Gradativamente, foram surgindo associações como a *American Accounting Association* e *American Institute of Certified Public Accountants* e assim passando a ser tratado como um novo campo de estudo.

1.3.2 A responsabilidade social no Brasil

A vontade de auxiliar comunidades carentes vem crescendo no Brasil. Isso se deve ao fato de que nas últimas décadas, houve locomoção social e pessoas que ascenderam socialmente não estão dispostas a fechar os olhos para a realidade vivida no país.

Também o fato de haver mais pessoas que tiveram oportunidade de experimentar uma vivência no exterior ajuda no fortalecimento de uma consciência de responsabilidade social. Além disso, podem ser acrescentados os estrangeiros, em número cada vez maior no país, que trazem consigo essa mentalidade e a espalham pelo país.

Não se pode ignorar também o fato de que a responsabilidade social passou a ser vista como um diferencial relevante e diversas empresas estão cada vez mais dispostas a complementar sua imagem com esse elemento.

Há cada vez mais premiações para práticas de responsabilidade social como o prêmio Eco da Câmara Americana de Comércio. Também as pesquisas se desenvolveram bastante podendo ser destacado o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada como importante atuante.

Fundações e institutos mantidas por grandes multinacionais se proliferam. Como exemplo, podem ser mencionadas a Fundação Citigroup, Fundação American

Express, a Fundação BankBoston, a Bristol-Myers Squibb, o Instituto Coca-Cola para a Educação, o Instituto General Motors, o Instituto Credicard, a Fundação Deutsche Bank, a fundação Pfizer, a fundação Escola de Enfermagem R. W Johnson, o Instituto Ronald McDonald, a fundação Monsanto, a fundação Nestlé de Cultura, a fundação Novartis para o Desenvolvimento Sustentável, a fundação Shell, a fundação Peter Von Siemens, a fundação Volkswagen e o Instituto Xerox, segundo a Revista Exame¹².

Talvez a instituição que mais atua em relação à responsabilidade social no Brasil seja o Instituto Ethos, fundado em 1998. De acordo com o fundador, Oded Grajew, a responsabilidade social nas empresas é critério determinante para fundos de investimento.

Seguramente, trata-se de uma questão de considerável relevância, sobretudo para empresas de médio e grande porte no Brasil, visto que trazem benefícios à imagem que não podem mais ser ignorados, pois o consumidor atual passa a considerar, quando tem uma gama maior de opções, diferenciais como esse na hora de fazer sua escolha.

A importância da responsabilidade social passou a ser tamanha que evoluiu para um maior formalismo nas esferas administrativas, desenvolvendo-se, sobretudo nas últimas décadas do século XX, a governança corporativa. É, assim, evidente a relação entre os dois temas:

(...) o conceito de responsabilidade social corporativa está intimamente ligado à governança corporativa a partir de uma razão simples: uma depende da outra. Para ser responsável socialmente a empresa é obrigada a praticar a governança em sua essência. Neste contexto, a valorização do acionista minoritário é apenas um aspecto. A empresa deve levar em consideração os anseios do investidor, dos

¹² Estratégia: responsabilidade social no Brasil como conteúdo estratégico. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/academico/estrategia-responsabilidade-social-no-brasil-como-conteudo-estrategico/70885/>>. Acesso em: 25.06.2014.

colaboradores, dos fornecedores, dos consumidores, das instâncias governamentais e entidades do terceiro setor.¹³

Nesse contexto, cabem alguns esclarecimentos acerca da governança corporativa e seu desenvolvimento no Brasil.

1.4 Governança corporativa

No decorrer da transição entre os anos 80 e 90 do século XX, ampliaram-se as pressões para que se revissem os propósitos das corporações e, por extensão, do próprio sistema capitalista. É nesse contexto que nascem e se desenvolvem as ideias que viriam a formar o que se chama hoje de governança corporativa.

A governança corporativa pode ser definida como um conjunto de princípios e práticas que permeiam um modelo de gestão, seja no âmbito corporativo, familiar ou social. Esse conjunto de princípios deve, então, ser a base para qualquer ato da organização, pois neles estão definidos claramente os papéis das partes envolvidas, suas respectivas obrigações, direitos e as soluções propostas para eventuais conflitos.

Interessante como um dos primeiros sinais da necessidade de normas e definição de papéis na organização, constante em advertência feita por Adam Smith em 1776, expõe de forma bastante clara a ideia por trás da governança corporativa:

(...) os diretores das empresas (de capital aberto) são administradores do dinheiro das outras pessoas e não do seu próprio, e não se pode esperar que eles cuidem dele com a mesma vigilância ansiosa (dos donos). Negligência e esbanjamento,

¹³ PEREIRA, A. N.; VILASCHI, A. Governança Corporativa e Contabilidade: Explorando Noções e Conexões. In: *4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica*, 7 e 8 de Junho de 2006, Vitória. Anais do 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica, 2006, p. 136.

portanto, sempre prevalecem, mais ou menos, na gestão de questões dessas empresas.¹⁴

Trata-se, portanto, de “um dos mais novos e importantes pilares da arquitetura econômica global”¹⁵ e, de acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), grupo das trinta mais avançadas economias industriais do mundo, “a governança corporativa é um dos instrumentos determinantes do desenvolvimento sustentável, em suas três dimensões – a econômica, a ambiental e a social”¹⁶.

Apesar dessa reconhecida importância na gestão e desenvolvimento do crescimento econômico, a governança corporativa, apesar de largamente difundida, ainda não está internalizada de fato pelo meio corporativo. Isso ocorre pelo fato de o assunto ainda ser relativamente novo, pela sua abrangência e possibilidade de ser abordada sob diversos aspectos (legal, financeira, estratégica, gestão) e pela diversidade de modelos existentes.

1.4.1 Origem

No final do século XVIII, iniciou-se um processo de pulverização do capital, seja por sucessões e partilhas, seja por necessidade de capital novo, culminando na ampliação da base de acionistas e, desse modo, na diluição do poder. Desse modo, surgiram os conflitos de interesse entre acionistas e gestores.

Foi nesse contexto que surgiram os primeiros indícios da governança, com objetivo de cuidar desses conflitos, protegendo, em princípio, os direitos dos acionistas.

¹⁴ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 291.

¹⁵ G8. Declaração homologada da Reunião de Cúpula, Colônia, Jun 1999. In: *International Corporate Governance Network*. Annual Conference. Frankfurt, Jul. 1999.

¹⁶ OECD. *Guidelines for multinational enterprises: annual report 2001. Global instruments for corporate responsibility*. Paris, OECD, 2001.

A governança, porém, só veio a ganhar força nos Estados Unidos, a partir de 1990 após diversos escândalos políticos e financeiros que abalaram a economia do país.

Podemos destacar os seguintes marcos históricos da governança corporativa:

a) 1989 - O ativismo de Robert Monk: formado em Direito pela Universidade de Harvard, tornou-se empresário e executivo, iniciando-se nos negócios da família. Sua vivência no meio corporativo o levou a verificar as distorções na forma como as companhias eram geridas. Atacou a falta de transparência na administração e defendeu uma maior intervenção de órgãos reguladores.

b) 1992 - Relatório Cadbury: comissão criada no Reino Unido que o Código Cadbury das Melhores Práticas de Governança Corporativa baseada basicamente nos princípios de prestação responsável de contas e transparência.

c) 1998 - Princípios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): A organização, fundada em 1961 com sede em Paris, e que congrega atualmente 34 países-membros, apresenta o marco de maior alcance e incentiva a expansão econômica, geração de empregos e melhoria da qualidade de vida, bem como favorece a expansão do comércio internacional baseado em multilateralidade e com obrigações internacionais e não discriminatórias.

d) 2002 - Lei Sarbanes-Oxley (SOX): Derivada de inúmeros escândalos corporativos de manipulação de dados em empresas norte-americanas, tais como Enron, Tyco, WorldCom, todos amplamente veiculados pela mídia impressa e televisiva, o *Sarbanes-Oxley Act*, editado pelo governo buscou minimizar os impactos negativos e reduzir a intensa saída de investidores da

Bolsa de Valores de Nova Iorque. Com essa lei, ocorre a introdução de regras bastante rígidas quanto à transparência e confiabilidade dos resultados apresentados pelas empresas.

1.4.2 Governança corporativa no Brasil

Em âmbito nacional, a governança corporativa começou a adquirir importância no período das grandes privatizações que se iniciou no início da década de 90. A necessidade de a iniciativa privada transmitir maior segurança aos investidores estrangeiros foi fator decisivo para que o país se adaptasse rapidamente aos padrões internacionais.

O primeiro código de governança no país foi publicado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em 1999. É considerado até hoje a principal referência sobre as boas práticas de governança no país e traz como princípios básicos a transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Completam o quadro de entidades no movimento em favor da governança corporativa dois outros órgãos. O primeiro deles é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entidade autárquica com poderes de normatizar e fiscalizar as matérias referentes ao mercado de valores. O segundo é a BM&FBovespa, bolsa de valores de São Paulo. A partir de setembro de 2000, foram instituídos pela instituição três níveis de governança, com ordem crescente de exigências. O Nível 1 exige práticas relacionadas à liquidez das ações. Já o Nível 2 está relacionado a práticas relativas aos direitos de acionistas e Conselho de Administração. O nível Novo Mercado, por sua vez, exige emissão exclusiva de ações com direito a voto.

Além disso, em 2001, a Bovespa criou o Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC), que mede o desempenho de uma carteira teórica composta por empresas com bons níveis de governança.

Nos últimos anos, verificou-se uma tendência mundial no investimento em empresas socialmente responsáveis, sustentáveis e rentáveis. Nesse contexto, surgiu o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), que ganhou rapidamente credibilidade e é hoje um referencial, sendo por muitos considerado como um selo de qualidade.

2 TERCEIRIZAÇÃO (OUTSOURCING)

Por um lado, houve um considerável crescimento do interesse das empresas em sustentabilidade, no desenvolvimento de ferramentas de controle e melhoria da governança corporativa, ao menos em parte com base no fato de que a não adoção de tais medidas acabava gerando, a médio e longo prazo, se não prejuízos, ao menos uma estagnação econômica.¹⁷

Por outro lado, porém, como já demonstrado, é crescente o interesse das empresas na terceirização de serviços, ainda que, como será verificado, ela se traduza, em igual sentido, em riscos para o negócio ao menos a médio e longo prazo.

A terceirização vem sendo uma das formas mais utilizadas pelas grandes companhias para otimizar custos. O impacto positivo nos números é tão grande que, não raro, encontramos empresas dispostas a correr riscos com a utilização desse instituto de forma distinta daquela autorizada por lei. Considerando que o maior benefício nessa forma de contratação é a isenção do pagamento de encargos trabalhistas, basta tomar como base algumas das pesquisas referentes a esse custo para se ter ideia dessa economia. De acordo com pesquisa da FGV, por exemplo, esse custo seria de 2,83 vezes, ou 183% valor do salário do empregado.¹⁸

Arnaldo Süssekind explica o contexto no qual se desenvolveu a terceirização:

...uma consequência do casamento da globalização da economia com a liberação do comércio mundial (quase sempre com barreiras opostas em detrimento de países em vias de desenvolvimento, como o Brasil), foi a horizontalização da

¹⁷ ARAGÃO, Lindenberg Araújo/OLIVEIRA, Oderlene Vieira de/PONTE, Vera Maria Rodrigues. Governança corporativa: barreiras à adoção das melhores práticas. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos08/229_229_Arigo_Barreiras_Seget.pdf>. Acesso em 23.12.2014.

produção de bens ou serviços, mediante contratação de segmentos da empresa contratante.

Essa terceirização, como ficou conhecida, objetivou a um só tempo reduzir os custos da produção e permitir que as empresas concentrem suas pesquisas, planejamentos, investimento, capacitação e reciclagem do seu pessoal nas atividades caracterizadoras do seu objeto social e nas atividades-meio essenciais do seu funcionamento.¹⁹

Porém, apesar dos evidentes benefícios trazidos por esse modelo de contratação, não é apenas com os riscos trabalhistas que a companhia deve se preocupar. O simples fato de haver inúmeros trabalhadores realizando suas funções em benefício da empresa é suficiente para torná-la no mínimo co-responsável pelos atos praticados por esses terceiros.

2.1 Conceito

Para o Direito do Trabalho, como ensina Mauricio Goldinho Delgado:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços,

¹⁸ FGV EESP. EESP/FGV revela o custo do trabalhador no Brasil. Disponível em: <<http://cmicro.fgv.br/node/327>>. Acesso em 23.12.2014.

que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.²⁰

Outros estudiosos do tema, como Leonardo Leocadio, destacam a base de conhecimento mais especializada como objetivo da terceirização, esclarecendo que se trata de uma prática que permite a empresa abrir mão da execução de um processo e transferi-lo a um terceiro, portador de conhecimentos mais específicos naquela área de atuação, com o objetivo principal de agregar maior valor ao produto final.

Assim, ao contrário do que afirma Giovanna Lima Colombo quando ensina que se trata de um processo de gestão pelo qual se repassam algumas atividades a terceiros, com os quais se estabelece uma relação de parceria, ficando a empresa concentrada apenas em tarefas essencialmente ligadas ao negócio em que atua, Leonardo Leocadio entende que a terceirização teve desdobramentos recentes que atualmente permitiriam a transferência para terceiros de importantes etapas do processo produtivo.

Importante, porém, deixar claro que ainda que esta de fato seja a prática verificada em diversas empresas, especialmente nas de grande porte, a legislação e mesmo a jurisprudência ainda não se atualizaram para essa nova realidade.

Não temos, até o momento, uma lei que regulamente a prática da terceirização. A primeira norma a abordar de alguma forma o tema foi a Lei 6019/74, que tratava do trabalho temporário. Porém, limitou-se a estabelecer a solidariedade em caso de falência, entre tomadora e prestadora. Em seguida, a Lei 7102/83 focou na constituição e funcionamento das empresas de serviços de vigilância e transporte de valores.

¹⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Renovar, 2002, p. 201.

²⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 430

Estamos, assim, ainda limitados ao entendimento disposto na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que mesmo tendo sido atualizada em 2011, mantém sua essência quanto aos limites da terceirização:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das

obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifo nosso)²¹

Pela redação da referida súmula, conclui-se que para que a terceirização seja lícita, é preciso que, conforme esclarece Alice Monteiro de Barros, consista em:

Transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atentando-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas.²²

Poucos doutrinadores ousam defender a possibilidade da terceirização da atividade-fim de forma legal. É o caso de Sergio Pinto Martins:

Da forma como o Em. 331 do TST está redigido, só se admite a terceirização da atividade-meio e não da atividade-fim. Entretanto, é possível a terceirização da atividade-fim da empresa, como ocorre na indústria automobilística, desde que não exista fraude.²³

Apesar das limitações impostas, o alto custo de uma contratação direta obedecendo as regras da CLT, que pode chegar, em alguns casos, a 183% do valor do salário de acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas em maio

²¹ TST. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em em 13.06.2014.

²² DE BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 442

²³ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 170.

de 2012²⁴ tem levado diversas companhias a assumir o risco da terceirização fora dos moldes previstos na súmula, o que, conseqüentemente, vem gerando não apenas um alto número de fiscalizações como também grande volume de demandas trabalhistas.

Ainda assim, mesmo diante de tamanha insegurança jurídica, a terceirização parece ser um fenômeno consolidado e que não demonstra qualquer sinal de que será extinto, até por se tratar de uma tendência mundial.

2.2 Legislação em trâmite (projeto de lei)

Nesse cenário, encontra-se em trâmite desde 2004 o Projeto de Lei 4330/04 de autoria do Deputado Sandro Mabel que visa regulamentar a prática que já é adotada pelas grandes empresas, trazendo um pouco mais de segurança jurídica para os empreendedores.

O ponto mais controvertido do projeto está, sem dúvida, já no seu segundo artigo:

PROJETO DE LEI Nº , DE 2004 (Do Sr. Sandro Mabel)

(...)

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas

²⁴ Disponível em: <<http://cmicro.fgv.br/node/327>>. Acesso em 13.06.2014.

prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo. (grifo nosso)²⁵

Como se poderia prever, o projeto em questão passa por enormes dificuldades para ser aprovado, visto que se trata de uma mudança radical no contexto econômico atual, motivo pelo qual há enorme pressão política contra sua aprovação. Nos últimos dois anos, já entrou e foi retirado de pauta por diversas vezes e, atualmente, não há sinais de que deva retomar o assunto para resolver a questão de forma definitiva.

Sua aprovação seria um considerável avanço à economia brasileira, pois retiraria da ilegalidade uma situação bastante comum no mercado que, ainda que esteja sob a mira do MPT, o órgão não possui capacidade suficiente de fiscalização a ponto de conseguir eliminar a prática²⁶. Além disso, o mercado brasileiro mais competitivo em nível global, com a regulamentação e tipificação do contrato de terceirização, poderia trazer mais benefícios à economia, que já não precisa mais ser tão dependente de uma legislação trabalhista que desde 1943 pouco evoluiu.²⁷

2.3 O fenômeno da “pejotização”

Da mesma forma que a terceirização tem sido uma saída encontrada pelas grandes empresas para otimizar custos, também outras formas de contratação são consideradas nessa busca pela redução de custos operacionais.

Uma das mais utilizadas é, sem dúvida, a contratação de profissionais como pessoa jurídica, a chamada “pejotização”. Trata-se de um fenômeno que se verifica sendo usado em larga escala em especial em grandes companhias do setor de

²⁵ BRASIL. PL 4330 de 26 de Outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em 25.06.2014.

²⁶ BIBLIOTECA DO MPT/RN. Terceirização. Disponível em: <https://bibliotecaprt21.wordpress.com/tag/terceirizacao/>. Acesso em 23.12.2014.

²⁷ BRASIL. Lei 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 23.12.2014.

tecnologia e engenharia, mas que não se limita a elas. Configura-se em um mecanismo que procura burlar a legislação trabalhista. Por meio dele, o empregador exige do empregado que este crie uma personalidade jurídica. É, então, realizada celebrada com esta um contrato de prestação de serviços.²⁸

Ao contrário da terceirização, que encontra algum amparo legal e possui projeto de lei demonstrando o interesse em se regularizar essa forma de contratação, no caso da “pejotização”, trata-se de modelo totalmente irregular pelo qual se busca transformar o profissional em uma “empresa” a fim de evitar tratá-lo como empregado, ainda que os demais aspectos da relação coincidam com aqueles previstos da CLT.

Em ambos os casos, terceirização ou “pejotização”, não deveriam ser apenas os aspectos trabalhistas a serem avaliados como risco.

2.4 Os contratos *bodyshop*

Outro tipo de contrato utilizado com bastante frequência por empresas em busca de contratação de serviços é o formato de contrato *bodyshop*, que é aquele em que a gestão dos serviços prestados pelos profissionais fica sob responsabilidade da empresa contratante.²⁹

Ou seja, se nos contratos de outsourcing todos os aspectos do serviço prestado, inclusive a gestão da mão-de-obra utilizada, são terceirizados, no caso do *bodyshop*, a gestão permanece com a empresa contratante, ficando esta apenas isenta dos custos decorrentes das relações de trabalho.

²⁸ PIKANÇO, Victor. Pejotização do trabalhador: a ilegalidade da contratação de trabalhadores como pessoa jurídica. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12743. Acesso em 22.12.2014.

²⁹ LOPES, Ana Luiza Szuchmacher Veríssimo/SILVA, José Roberto Gomes da. Casos de terceirização e a influência sobre o contrato psicológico de profissionais de TI. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/viewFile/191/172>. Acesso em 22.12.2014.

Esse cenário, portanto, poderia ser a melhor alternativa para muitas empresas, sobretudo as que atuam na área de Tecnologia da Informação, na qual de fato é onde se costuma encontrar esse tipo de relação contratual. Porém, da mesma forma que ocorre na “pejotização”, a relação em questão também carece de suporte legal para se manter, gerando considerável risco trabalhista para ambas as partes, visto que a contratante segue como responsável como se empregadora direta fosse, a contratada, por sua vez, responde por toda e qualquer prática irregular de gestão praticada por seu cliente e ambas respondem por terceirização fraudulenta, podendo ser alvo de fiscalização do Ministério Público do Trabalho.

Dados os enormes benefícios gerados pela terceirização, não importando o formato adotado, ainda que o risco de que a prática seja considerada fraudulenta e consequente aplicação de multas, aumento de contingência trabalhista, podendo a chegar até mesmo a declarações de inidoneidade para processos licitatórios quando se tratar de contratos públicos, ainda é considerável a quantidade de empresas dispostas a correr esse risco. Como já se verificou (página 21), a terceirização no país é crescente, mesmo nos contratos públicos.

O cenário que se desenvolve, ainda demonstre um horizonte benéfico às companhias pelos evidentes benefícios facilmente observáveis a curto prazo, traz ocultos os riscos não apenas trabalhistas e previdenciários mas também todos aqueles relacionados à gestão de pessoas, sobretudo no que diz respeito à conduta de cada profissional.

Não é tarefa fácil fazer a gestão de profissionais alocados fora do ambiente da companhia da qual estes fazem parte quando a terceirização é totalmente regular. Isso ocorre em decorrência dos vícios dos próprios empregados e da tendência natural do cliente em tratar o recurso terceirizado como se seu empregado direto fosse. Ainda mais complicado, porém, é a relação desses colaboradores quando a terceirização carece de suporte legal.

Essa situação irregular, se não torna inviável, ao menos dificulta sobremaneira a gestão dos recursos no que diz respeito à conduta ética e respeito às normas de *compliance*, visto que dificulta ao empregado sobre a quem realmente deve responder como subordinado hierárquico, quais regras devem ser priorizadas e até que ponto.

Podemos, portanto, considerar que os contratos de terceirização irregulares não são apenas um problema relacionado à esfera trabalhista como costumam ser tratados, mas também um assunto que deve ser monitorado sob o enfoque da ética e do *compliance*.

3 ÉTICA

Em sua obra *Ética e Corrupção*, Herbert Lowe Stukart defende uma tese interessante de que a ética serviria para manter o equilíbrio entre as forças que separam e as forças que unem. Explicando melhor, seria o elemento responsável por restabelecer o equilíbrio existente quando a agressividade era uma das virtudes do ser humano, extremamente necessária e essencial para uma realidade em que a vida cotidiana consistia em lutas diárias pela sobrevivência, seja no ataque na prática de caça, na defesa pela proteção física ou mesmo pelo trabalho físico pesado no campo.³⁰

O impulso agressivo era, então, totalmente absorvido pelas exigências físicas. Após a revolução industrial, com as máquinas passando a fazer a maior parte do trabalho pesado e a rotina corporativa dentro de escritórios, esses impulsos, parte do instinto natural do ser humano, passaram a se manifestar de outras formas, com irritabilidade, maior agressividade, alergias e diversas outras formas de patologias. Assim, defende o autor que, em mais que qualquer outra época, a ética é um elemento necessário para tentar manter o equilíbrio.

Independente da dimensão que se apresente, seja no aspecto social ou no aspecto individual, sempre tem como objetivo a vida humana, tendo o ser humano como razão de ser, focando na busca deste pela felicidade e bem estar.

3.1 Definição

O termo "ética" deriva do grego *ethikos*, significando o que pertence ao *ethos*, que tem se entende por bom ou superior costume, o que porta caráter.

³⁰ STUKART, Herbert Lowe. *Ética e corrupção*. São Paulo: Nobel, 2007, p. 13

De acordo com a filosofia clássica, a ética busca justificar no fundamento teórico a forma mais adequada de viver, conviver, seja público ou privado. Dentro da ética, ainda de acordo com a filosofia clássica, encontrávamos os campos de conhecimento que não eram estudados pela retórica, dialética física, estética e lógica. Estavam abrangidas pela ética, portanto, a economia, pedagogia, política, psicologia, sociologia e qualquer outro campo de estudo que tivesse relação com estilo de vida.

Spinoza pode ser apresentado como um exemplo dessa ética clássica, percorrendo em sua obra "Ética" sobre Deus, a mente humana, natureza dos afetos, servidão humana, intelecto e liberdade usando discursos dialéticos, matemáticos e físicos. Apesar de abordar os temas elementares como pilares da atual sociedade, já nessa obra apresenta discussão acerca do bem e do mal, posteriormente muito explorados por diversos filósofos:

Quanto ao bem e ao mal, também não designam nada de positivo a respeito das coisas, consideradas em si mesmas, e nada mais são do que modos de pensar ou de noções, que formamos por compararmos as coisas entre si. Com efeito, uma única e mesma coisa pode ser boa e má ao mesmo tempo e ainda indiferente. Por exemplo, a música é boa para o melancólico; má para o aflito; nem boa, nem má, para o surdo. Entretanto, mesmo assim, devemos ainda conservar esses vocábulos. Pois como desejamos formar uma ideia de homem que seja visto como um modelo de natureza humana, nos será útil conservar esses vocábulos no sentido que mencionei. Assim, por bem compreenderei aquilo que sabemos, com certeza, ser um meio para nos aproximarmos, cada vez mais, do modelo de natureza humana que estabelecemos. Por mal, por sua vez, compreenderei aquilo que, com certeza, sabemos que nos impede de atingir esse modelo. Além disso, dizemos que os homens são mais perfeitos ou mais imperfeitos, à medida que se aproximem mais ou menos desse modelo. Com efeito, deve-se, sobretudo, observar que, quando digo que alguém passa de uma perfeição menor para uma maior, ou transforme em outra (com efeito, um cavalo, por exemplo, aniquila-se, quer se transforme em homem,

quer em inseto). Quero dizer, em vez disso, que é a sua potência de agir, enquanto compreendida como sua própria natureza, que nós concebemos como tendo aumentado ou diminuído. Finalmente, por perfeição em geral compreenderei, como disse, a realidade, isto é, a essência de uma coisa qualquer, enquanto existe e opera de uma maneira definida, sem qualquer relação com sua duração. Com efeito, de nenhuma coisa singular se pode dizer que é mais perfeita por perseverar mais tempo no existir. Pois, a duração das coisas não pode ser determinada por sua essência, por que a essência das coisas não envolve qualquer tempo definido e determinado de existência. Uma coisa qualquer, entretanto, seja ela mais perfeita ou menos perfeita, sempre poderá perseverar no existir, com a mesma força com que começa a existir, razão pela qual, sob esse aspecto, todas as coisas são iguais.³¹

A revolução industrial, também nesse caso, trouxe mudanças consideráveis no campo do conhecimento, com maior especialização e profissionalização, transformando diversas áreas até então pertencentes à ética em campos de estudo independentes.

A ética passou a ser, então, uma área da filosofia ocupada dos estudos de normas morais nas sociedades humanas, procurando entender e explicar os costumes de um determinado grupo, tentando fornecer meios para a solução de seus dilemas mais frequentes e comuns.

3.2 Breve histórico

As primeiras manifestações que podemos entender como relacionadas à ética ocorreram na Grécia nos séculos VII e VI a.c. encontradas na poesia gnômica que mais tarde influenciaram Platão e Aristóteles.

³¹ SPINOZA, *Ética*. 3ª edição. Autêntica: São Paulo, 2007, p. 267

Pitágoras, por sua vez, procurou fazer um paralelo entre a conduta humana com a matemática, chegando inclusive a classificar o bem, comparando à unidade e à reta e fazendo uma contraposição com o mal, com elementos opostos

É com Demócrito, porém, que temos de fato um sistema ético e, em seguida, com Sócrates a combinação entre conduta e conhecimento. A partir daí, os sistemas éticos passaram a considerar a inconsistência e vagueza das questões morais da humanidade. Foi graças a ele que se conseguiu chegar a uma concepção adequada dos problemas de conduta, ainda que as idéias originais tenham sido primeiro levantadas por Górgias e Protágoras. Sofistas, como eram chamados, se concentraram nos ensinamentos de como lidar com assuntos do cotidiano e na administração dos negócios, valorizando a justiça.

A ética desenvolvida por Sócrates, considerado por muitos o primeiro nome relevante na filosofia ética, por sua vez, trouxe a discussão da consciência da ignorância, demonstrando a dificuldade em se adquirir conhecimento e, ao mesmo tempo a importância do mesmo para um sistema de virtudes, contraposto à origem do mal na sua ausência. É de Sócrates o paradoxo de que o "indivíduo que conhece o que é o bem não pratica o mal".

As escolas que se originaram do círculo de Sócrates, ainda que apresentando enormes diferenças entre si, mantêm um vínculo em comum na sustentação de que o bem mais importante do indivíduo é o conhecimento e o mais importante de todos a ser conquistado é o conhecimento do Bem. Assim, numa sociedade que segue os princípios socráticos, os indivíduos seriam designados para desenvolver atividades naquilo em que fossem bons.

Já no caso de Platão, ainda que sua filosofia esteja voltada para o universo interior do indivíduo, o objeto de sua discussão filosófica segue sendo o Bem, inclusive identificando a essência do universo com o Bem sendo considerado como fundamento último do indivíduo. Considerando o universo como uma ordenamento

complexo de meios para determinadas finalidades, de acordo com Platão, todas as coisas são ou "realizam sua ideia" à medida que alcançam a finalidade para a qual foram designadas.

O professor e filósofo Roberto da Silva Rocha discorre de forma bastante interessante sobre Platão quando afirma que:

Somente aquele que capta o bem em abstrato pode reproduzi-lo como bem transitório e imperfeito na vida humana, e é impossível que, dispondo desse conhecimento, não aja de acordo com ele, seja em assuntos privados, seja em assuntos públicos. Assim, no verdadeiro filósofo, encontraremos necessariamente o homem bom em sentido prático, e também o estadista perfeito, caso a organização da sociedade permita-lhe exercer a sua habilidade estadística. Os traços característicos dessa bondade prática no pensamento maduro de Platão refletem as noções fundamentais de sua concepção de universo. A alma do homem, em seu estado bom e normal, deve estar organizada e harmonizada conforme a orientação da razão.³²

De acordo com os ensinamentos de Platão, como o Bem a ser conhecido é o fundamento último de todas as coisas, apenas um pequeno grupo o alcança. Não se pode, portanto, considerar que tal virtude esteja limitada a esse pequeno grupo. É fato que um grupo maior de indivíduos é dotado de virtudes como justiça, coragem e equilíbrio, conseguindo resistir ao medo e, portanto, parecendo ter um bom entendimento sobre o bem e o mal. Platão considera que esse entendimento deriva de uma "alocação divina" mas que seu adequado desenvolvimento requer o costume e a prática. Nesses argumentos, portanto, se justifica a necessidade da educação e da disciplina para formação do indivíduo e o desenvolvimento e consolidação de virtudes.

Discípulo de Platão, Aristóteles desenvolveu o tema de justiça a partir de estudos sobre ética. De acordo com seu entendimento, especialmente discutido em sua obra mais famosa sobre o assunto, *Ética a Nicômaco*, cabe à ética determinar o objetivo final de toda racionalidade prática. Esse objetivo final seria a felicidade que, de acordo com o entendimento do filósofo, nada mais seria que a adoção de uma vida de virtudes, virtudes estas encontradas num equilíbrio entre extremos, alcançada por aqueles indivíduos dotados de prudência, pelos costumes e práticas, educação e disciplina.

De forma geral, podemos considerar que, na antiguidade, os filósofos entendiam a ética como forma de entender e alcançar a felicidade. A partir da idade média, a filosofia passou a receber forte influência de correntes religiosas como cristianismo e islamismo, fazendo com que a ética passasse a utilizar a moral como forma de interpretação dos ensinamentos religiosos.

Já no renascimento, até o século XVIII, os filósofos retomaram o estudo da ética como forma de se entender e alcançar a felicidade tendo apenas o pensamento humano como base, evitando preceitos religiosos.

Daí para frente, a ética passou a ser aplicada a diversos campos, sobretudo na política, economia e administração de negócios.

3.3 Ética *versus* moral

Uma afirmação ética traz necessariamente um juízo de valor, em termos morais, positivo ou negativo. Cabe, porém, esclarecer a diferença entre ética e moral. Para melhor exemplificar, cabe fazer uso de um pequeno conto árabe muito popular entre professores de filosofia:

³² ROCHA, Roberto da Silva. É a ética, estúpido! Disponível em: <http://professorrobertorocha.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html>. Acesso em 21.08.2014.

Um homem tentava fugir de uma quadrilha de bandidos extremamente violentos quando, então, encontrou, sentado à margem da estrada, o profeta Maomé. O fugitivo então ajoelhou-se diante do sábio, pedindo-lhe ajuda:

- Há uma quadrilha me perseguindo e querendo me matar! Proteja-me, por favor!

O profeta, então, mantendo a calma, respondeu:

- Pode continuar sua fuga pelo mesmo caminho que eu cuido dos perseguidores.

Após o fugitivo se afastar correndo, Maomé levantou-se, mudando de lugar, sentando em direção oposta. Os bandidos, ao se aproximar e, sabendo que o profeta não poderia mentir, fizeram uma descrição do fugitivo e perguntaram-lhe se o havia visto passar.

O profeta, após pensar por um instante, respondeu:

- Em nome daquele que detém em sua mão a minha própria alma, falo que, desde que estou sentado aqui, não vi qualquer pessoa passar.

Os bandidos assim se conformaram, seguiram caminho em outra direção e o fugitivo conseguiu se salvar.

A moral pode ser entendida como as regras que devem ser seguidas para que se possa viver em sociedade. São as normas sociais estabelecidas para viabilizar a convivência mútua. Já a ética, por sua vez, é o campo da filosofia destinado ao estudo da moral, refletindo sobre suas regras e decidindo por validá-las ou negá-las.

Assim, no exemplo acima, apesar de, em princípio, o profeta ter sido ao mesmo tempo ético e moral, por uma análise rigorosamente moral, em termos absolutos, o profeta teria agido imoralmente, pois faltou com a verdade. Eticamente falando, porém, e entendendo que, em última análise, não é correto tirar a vida de um ser humano, não importa o crime que tenha cometido, o profeta agiu com coerência ética, buscando uma forma de se manter formalmente dentro das regras morais.

Mesmo nesse exemplo simples, porém, verifica-se que a conclusão não é absoluta, pois depende de alguns fatores condicionantes. Se, por exemplo, entendermos que tirar a vida de um ser humano, dependendo do crime cometido, é correto, como ocorre em alguns países e ainda estados dos Estados Unidos, o entendimento poderá ser outro.

Pelo exemplo, portanto, é perfeitamente possível ser ao mesmo tempo ético e imoral. Era o que ocorria algumas poucas décadas atrás nos Estados Unidos quando ainda não existia a igualdade racial e havia leis de segregação, forçando negros a uma situação degradante e humilhante. Foram necessários diversos comportamentos imorais, baseados num entendimento ético de que tais leis não eram corretas ou justas para se conseguir mudar aquela realidade.

3.4 Ética *versus* lei

A ética também difere da lei, pois, ao contrário dela, não possui poder coercitivo, não apresenta sanções na sua não observância, gerando apenas um descontentamento, reprovação ou boicote. A prática reiterada de sua desobediência, porém, pode levar a uma mudança relevante nas leis, forçando a criação de novas ou até mesmo derrubar leis em vigor.

Em certo sentido, a lei existe para que se consiga atingir um comportamento moral que, sem ela, seria mais difícil. Busca, assim, formalizar e uniformizar um comportamento dentro de uma determinada sociedade, a fim de que ninguém se exima de segui-lo, procurando argumentar sobre sua coerência ou adequação àquela realidade.

3.5 Ética empresarial

Sobretudo após a revolução industrial, a ética também passou, como já dito, a ser aplicada em outros campos de aplicação mais prática e imediata e, com isso, acabou se desenvolvendo um estudo sobre ética empresarial.

A ética empresarial reúne os valores que orientam a forma de conduta de uma entidade organizacional. É ela quem orienta a construção da missão, visão e valores da organização e é, ou deveria ser, fator determinante nas tomadas de decisão feitas pela alta administração.

É por meio da ética empresarial que se busca estabelecer os princípios orientadores de conduta dos colaboradores e também se estabelecer e consolidar as relações com clientes e fornecedores.

Possui como objetivo influenciar as definições estratégicas, a estrutura e decisões gerenciais e executivas em todos os níveis de gestão. Também possui a função de elevar a importância dos interesses do público alvo e procurar harmonizá-lo com os da própria empresa. Por meio da ética empresarial, busca-se consolidar a confiança entre os agentes atuantes no mercado, sobretudo a relação com o cliente final.

Pela ética empresarial, busca-se, além disso, o estabelecimento e consolidação de uma imagem séria e transparente, cada vez mais determinante para o sucesso dos negócios, visto que é algo esperado pela sociedade. Portanto, uma imagem de organização ética não apenas atrai consumidores conscientes e com tendência a fidelização como também atua na atração e retenção de talentos, bem como de parceiros que compartilham os mesmos princípios, propiciando um círculo virtuoso saudável a qualquer instituição.

A ética empresarial é, hoje, essencial para aquelas empresas que buscam uma abertura de capital, visto que as exigências para tanto estão cada vez mais

rigorosas e buscam garantir a total transparência dos negócios, proteção do investidor e incentivo a um mercado competitivo, dentro dos padrões de conduta e atendendo à legislação vigente.

Nos contratos de *outsourcing*, a ética empresarial possui relevância pelo fato de as condições de trabalho serem um dos aspectos importantes e, nesse tipo de contrato, como já discutido, é comum a alocação de mão-de-obra de uma empresa nas dependências de outra, gerando em muitos casos conflitos entre culturas.

A preocupação com o ambiente de trabalho ao qual o profissional é exposto fica clara em recente publicação a respeito de ética empresarial:

As condições sobre as quais as pessoas desenvolvem seu trabalho são muito importantes para elas. Uma razão para isso é que cada pessoa é um indivíduo com sua própria visão de mundo. Essa visão é conectada com seu próprio senso de dignidade. É eticamente requerido que essa dignidade individual seja afirmada sempre que possível. Um empregador pode fazer isso tornando seu espaço de trabalho um ambiente seguro e saudável para seus empregados. Segurança é frequentemente um tema de plantas de fábricas, mas também pode ser um assunto de ambientes de escritórios. A saúde física e mental dos empregados deve ser considerada. Culturas de companhias que causam stress ou são hostis, sexistas ou racistas contribuem para uma atitude generalizada em que as pessoas são tratadas simplesmente como engrenagens de uma fábrica, como partes de uma máquina.³³

A companhia de *outsourcing*, nessas situações, deveria possuir um elemento adicional que muitas vezes é ignorado no processo de contratação, mas que pode ser o fator determinante para o sucesso ou fracasso da relação comercial

³³ BOYLAN, Michael. Business ethics. 2ª ed. Wiley Blackwell, 2014, p. 223.

estabelecida. Esse elemento é justamente o ambiente de trabalho ao qual seus profissionais estarão expostos.

Diversos fatores estão diretamente relacionados a ele, tais como questões puramente técnicas de segurança do trabalho, que podem acarretar em acidentes e gerar afastamentos, prejudicando as margens de lucro do contrato.

Também as relações interpessoais as quais os profissionais estejam expostos pode não ser a mais adequada, gerando conflitos de ordem moral, como assédio, atitudes preconceituosas e mesmo agressões físicas. Nesse caso, a fornecedora do serviço, ainda que não tenha controle sobre esse ambiente, responde pelas ocorrências e, considerando o passivo trabalhista que isso possa gerar, é recomendável que essas situações estejam previstas contratualmente a fim de possibilitar ressarcimentos quando devidos.

O ponto mais relevante para a presente análise é, porém, a questão de conduta ética. O profissional alocado nas dependências do cliente para execução de um determinado serviço está, normalmente, muito mais próximo deste. Esse cenário é propício para o aumento do risco de envolvimento desses profissionais em casos de corrupção, envolvendo pagamento ou recebimento de propina.

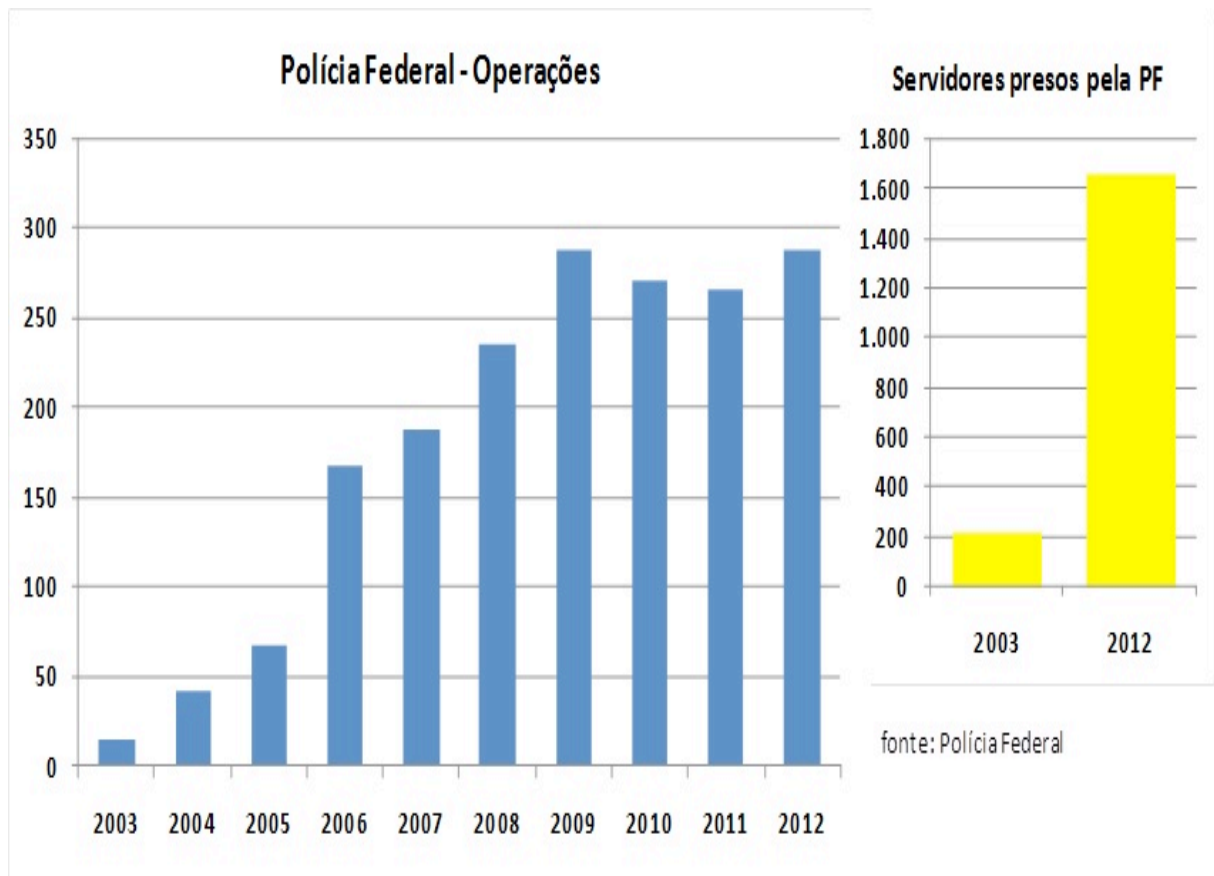
Para a empresa contratante, pode parecer menos arriscado o uso de um terceiro na execução do crime, mas, sobretudo com a entrada em vigor da nova lei anticorrupção, a responsabilidade da empresa beneficiada é objetiva (Anexo II). Portanto, o risco existente envolve não apenas a provedora de *outsourcing*, mas também a contratante que venha a fazer uso do terceiro para o ato ilícito.

Para contornar esse risco, essencial não apenas a existência de programas de *compliance* em ambas as empresas (contratante e contratada), mas que tais programas e suas respectivas regras de conduta e códigos de ética sejam harmonizadas quanto aos profissionais que estarão subordinados às normas das duas empresas.

4 COMPLIANCE

Nunca se noticiou tanto sobre escândalos corporativos como nos últimos anos. Também nunca se puniu tantos executivos por irregularidades comprovadas. Os números da Polícia Federal demonstram esse crescimento.³⁴

Polícia Federal – Operações e Servidores Presos



Empresas robustas e até então tidas como acima de qualquer suspeitas como a Siemens se viram obrigadas a investir milhões para desenvolver uma estrutura de *compliance*, colaborar com autoridades e reduzir ao máximo os efeitos negativos que as notícias ao redor do mundo estavam lhe causando.

O banco inglês HSBC, por sua vez, colocou a economia britânica na berlinda com seus escândalos envolvendo lavagem de dinheiro, envolvimento com cartéis de drogas, e financiamento de terrorismo³⁵. Executivos renunciaram, outros foram punidos, a instituição foi obrigada a pagar indenizações milionárias e rever seu instrumentos de controle interno.

Mais recentemente, outra instituição de renome, J.P. Morgan, concordou em firmar um acordo de 13 bilhões de dólares com Departamento de Justiça dos Estados Unidos para encerrar as investigações de fraudes que já somam um total de 25 bilhões em multas pagas³⁶.

Em recente Copa do Mundo realizada no Brasil no ano de 2014, foi recorrente a preocupação com o risco de manipulação de resultado de jogos com o objetivo de beneficiar apostadores de grandes casas de apostas³⁷.

Até mesmo o sistema eleitoral utilizado no Brasil, totalmente informatizado, tão elogiado e visto como modelo para outros países democráticos, vem sendo alvo de dúvidas quanto à sua integridade.

Não restam dúvidas de que em qualquer setor da economia que se observe, dado o crescente nível de concorrência, exigência por eficiência e melhores resultados, verifica-se também um aumento proporcional no risco de fraudes, desvios, irregularidades, descumprimento de normas regulatórias, corrupção, enfim, qualquer meio que se encontre para se atingir os próprios objetivos.

³⁴ INSTITUTO ALVORADA. Transparência e combate à corrupção nos governos Lula e Dilma. Disponível em: < <http://institutoalvorada.org/transparencia-e-combate-a-corrupcao-nos-governos-lula-e-dilma/>>. Acesso em 23.12.2014.

³⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2012/07/executivo-do-hsbc-renuncia-apos-escandalo-de-lavagem-de-dinheiro.html>. Acesso em 16.06.2014.

³⁶ Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,castigo-do-jp-morgan-ja-soma-us-25-bilhoes-imp-,1116024>. Acesso em 16.06.2014.

³⁷ Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/futebol/copa-do-mundo/noticia/2014/05/agencia-nacional-inglesa-suspeita-de-manipulacao-em-amistoso-da-nigeria.html>

e <http://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,fifa-teme-manipulacao-de-resultado-em-camaroes-e-brasil,1515358>. Acesso em 22.06.2014.

É nesse contexto que vem ganhando cada vez mais importância as normas regulatórias, leis anticoncorrência, legislações anticorrupção e, conseqüentemente, setores de grandes e médias empresas inteiramente responsáveis por monitorar e gerenciar esse aspecto dos negócios, bem como seus profissionais, tornando o ambiente econômico nacional mais preparado para receber investimentos externos.³⁸

4.1 Definição

O termo *compliance* se origina do verbo em inglês *to comply*, que significa cumprir, satisfazer, realizar. A tradução mais adequada para esse termo provavelmente seria conformidade. Entretanto, talvez pela receptividade que se dá a termos de língua inglesa, especialmente no mundo corporativo, a tradução não “vingou” e até hoje se utiliza o termo estrangeiro.

Compliance, assim, pode ser definido conforme preferiu Vanessa Alessi Manzi³⁹, como o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal.”

Os autores da recente obra *Compliance 360°*, Ana Paula P. Candeloro, Maria Balbina Martins De Rizzo e Vinícius Pinho⁴⁰, definem o termo como:

Um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como

³⁸ AMCHAM. Interesse de investidores estrangeiros reforça importância de compliance nas empresas brasileiras. Disponível em: < <http://www.amcham.com.br/gestao-empresarial/noticias/interesse-de-investidores-estrangeiros-reforca-importancia-do-compliance-nas-empresas-brasileiras>>. Acesso em 23.12.2014.

³⁹ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 15.

⁴⁰ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. *Compliance 360°: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 30.

as atitudes de seus funcionários; um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e o risco legal, os chamados 'riscos de *compliance*', a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades.

Já a OICV (Organização Internacional das Comissões de Valores), ou IOSCO na sigla em inglês, entendo a área de *compliance* como a responsável por aconselhar os negócios e áreas de suporte da companhia quanto à regulamentação local, bem como políticas e normas específicas do setor em que atua, buscando manter os mais altos padrões éticos.

Na verdade, quando se fala em *compliance*, está-se referindo aos sistemas de controle internos que servem para proporcionar maior segurança à empresa quanto às suas análises econômico-financeiras, possibilitar uma atuação correta e adequada no meio em que atua, proteger contra os riscos de corrupção e fraudes em processos licitatórios ou demais delações com entidades governamentais, elaborar e atualizar normas internas que estejam em harmonia com a filosofia da companhia e garantir que sejam conhecidas e cumpridas por todos.

4.2 Breve histórico

A crescente necessidade de regulação e criação de padrões de transparência começou e ficou mais evidente na década de 1970. Porém, foi na década de 1940 que surgiu o primeiro exemplo de sistema de regras, procedimentos e instituições para a regulamentação da política econômica internacional, que ficou conhecido como Acordo de Bretton Woods. Foi nele que se criou o BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento), posteriormente dando origem ao Banco Mundial, e o FMI (Fundo Monetário Internacional).

O acordo criou a obrigação entre os países signatários de adoção e manutenção de uma política monetária para manter suas moedas dentro de uma determinada taxa de câmbio. O sistema, entretanto, foi suspenso em 1971 por

Richard Nixon e, em resposta ao cenário de incertezas, surgiu o Comitê da Basiléia com objetivo de proteger o sistema financeiro, bem como estabelecer diretrizes de boas práticas e procedimentos financeiros.

Na mesma década de 1970, em virtude dos escândalos de Watergate, foi aprovada pelo congresso americano a FCPA (*Foreign Corrupt Practice Act*), principal referência americana em termos de anticorrupção. A partir daí, o governo americano passou a intensificar o controle sobre as atividades das empresas não apenas internamente mas também ao redor do mundo. Qualquer companhia que negociasse suas ações em bolsas americanas ou empresas locais com operações fora do país poderiam ser alvo de investigações e, conseqüentemente, punições pela FCPA.

Enquanto isso, no Brasil, na década de 1990, o mercado começava sua abertura comercial e, com isso, as pressões para alinhamento aos padrões de competitividade e transparência mundiais se intensificaram, sobretudo no que diz respeito aos órgãos reguladores internacionais BIS (*Bank for International Settlements*) e SEC (*Securities and Exchange Commission*).

Já em 1997, o Comitê da Basiléia passa a divulgar orientações aos bancos centrais sobre garantia de rigidez em seus sistemas financeiros, traçando objetivos e responsabilidades bem definidos.

Logo no início do Século XXI, o mundo foi surpreendido com ataques terroristas aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, com enorme impacto não apenas na política como já seria de se esperar mas também no mercado financeiro, que foi bastante abalado pelas tragédias ocorridas mas também por conta de escândalos que vieram à tona logo em seguida, como os casos Enron, WorldCom e Parmalat.

Tal cenário obrigou uma nova reflexão sobre o sistema de controle e regulação e acentuou a necessidade de regras ainda mais rígidas. Foi nesse

contexto que acabou por ser editada a Lei Sarbanes-Oxley, também conhecida como SarBox ou simplesmente SOX.

Referida lei teve por objetivo a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis, bem como regras bem definidas para a criação de comitês responsáveis pela supervisão dessas operações, procurando reduzir os riscos do negócio, evitando fraudes e criando meios de identificação de irregularidades, buscando, com isso a total transparência nos negócios.

No Brasil, regras similares foram adotadas pelo Conselho Monetário Nacional, como por exemplo a Resolução n. 2.554 de 1998 mas mesmo empresas brasileiras também podem estar sujeitas à SOX, desde que tenham ações negociadas no mercado americano.

Além disso, em 2011, a legislação anticoncorrencial pátria foi renovada com a Lei 12.529, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dando ainda mais poder ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), passando a ser obrigatória sua análise em atos de concentração.

Finalmente, em 2013, talvez em decorrência de pressões sociais, acelerou-se o processo de aprovação de uma lei que regulasse as práticas de corrupção no país. Assim, entrou finalmente em vigor em janeiro de 2014 a Lei 12.846/13, chamada de Lei Anticorrupção ou LAC.

A norma ainda aguarda sua principal regulamentação, a ser emitida pela CGU (Controladoria Geral da União). Porém, já foi suficiente para fazer com que diversas empresas, sobretudo aquelas de grande porte, voltassem suas atenções para a área de *compliance*.

4.3 Função do *compliance*

A área de *compliance* vem tendo sua importância destacada por diversas entidades internacionais tais como ONU (Organização das Nações Unidas), OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). O Comitê da Basileia, conforme explica Vanessa Alessi Manzi:

Tem destacado a alta relevância dos riscos de *compliance* e de sua função nos bancos. A expressão risco de *compliance* é definida como risco legal, ou de sanções regulatórias, de perda financeira ou de reputação que um banco pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas bancárias.⁴¹

A autora continua explicando que:

...para entender perda de reputação, parte-se do pressuposto que esta se baseia na síntese de como os clientes e acionistas vêem a organização. Essa avaliação fundamenta-se na identidade da organização, inclusive nas informações fornecidas pela empresa sobre sua visão estratégica, assim como nas ações no decorrer do tempo; na percepção da organização por parte de pesquisadores de opinião e terceiros com credibilidade, e no desempenho, como lucratividade e responsabilidade social. O risco atrelado à reputação é, portanto, a perda em potencial na reputação, que poderia levar a publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, declínio na base de clientes e faliência. Uma ampla avaliação desse tipo de risco é uma estimativa da atual posição da organização por seus clientes e acionistas e de sua capacidade de operar com sucesso no mercado. Risco regulatório, ou seja, de sanções regulatórias, relaciona-se à não conformidade com leis, regulações e padrões de *compliance* que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função,

⁴¹ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 39.

conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos (código do consumidor), prevenção à lavagem de dinheiro, entre outras. Esse arcabouço regulatório tem como fonte: as normativas de órgãos reguladores como Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários, leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações de bancos e códigos de conduta internos aplicáveis aos profissionais dos bancos.

Para o BIS, *compliance* deve fazer parte da cultura da organização, sendo responsabilidade de todos os funcionários. Para melhor gerenciar o risco de *compliance*, o próprio BIS define sua função a partir de princípios e responsabilidades sem, no entanto, especificar uma estrutura organizacional em particular.

Assim, de acordo com as orientações do BIS e outros órgãos, a área de *compliance* possui diversas funções, que podem variar de empresa para empresa, mas, em suma, podem ser resumidas conforme elencado abaixo:

- Garantir a aderência e cumprimento de leis;
- Desenvolver e fomentar princípios éticos e normas de conduta;
- Implementar normas e regulamentos de conduta;
- Criar sistemas de informação;
- Desenvolver planos de contingência;
- Monitorar e eliminar conflitos de interesses;
- Realizar avaliações de risco periódicas;
- Desenvolver treinamentos constantes;
- Estabelecer relacionamento com os órgãos fiscalizadores, auditores internos e externos e associações relacionadas ao setor da companhia.

Já o profissional de *compliance*, de acordo com Vanessa Alessi Manzi⁴², deve dominar:

- Conhecimentos de Regulação;

⁴² MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 43.

- Domínio de métodos para aplicação da regulação e de políticas internas aplicáveis à instituição;
- Habilidade para discutir tópicos relacionados ao risco regulatório;
- Habilidade para realizar apresentações;
- Capacidade de estabelecer bom relacionamento com reguladores e órgãos fiscalizadores;
- Criatividade para resolução de problemas com imparcialidade;
- Capacidade de gerenciamento de projetos;
- Entendimento do negócio, dos processos e dos objetivos da instituição;
- Reconhecimento da importância da prática de *feedback*;
- Preparo para atuar de forma preventiva;
- Capacidade para resolver prontamente conflitos entre áreas;
- Habilidade para motivar as demais áreas e conscientizar os profissionais da importância de *compliance*;
- Conhecimento da importância de controles para mitigar riscos de *compliance* relacionados à reputação;
- Preparo e habilidade para monitoramento;
- Capacidade para ministrar treinamentos;
- Habilidade para ser ouvido por profissionais dos diferentes níveis hierárquicos da instituição.

Já os autores Ana Paula P. Candeloro, Maria Balbina Martins De Rizzo e Vinícius Pinho⁴³, lembram de um ponto bastante importante quando ensinam que a função de *compliance* deve ser independente.

Ensinam que essa independência envolve quatro elementos. O primeiro é o *status*, que deve dar à função de *compliance* dentro da empresa a formalidade e autoridade necessárias para que receba o respeito e atenção necessários para o desenvolvimento de um trabalho eficiente. Isso significa, em última análise, ter o apoio do Conselho de Administração, do CEO ou autoridades equivalentes. É a

partir daí que se consegue o mesmo tratamento dos diretores, gerentes, coordenadores, chegando, assim, a todos os níveis da empresa.

Esse *status* também deve garantir acesso às informações relevantes e contato direto com as autoridades máximas da companhia.

O segundo elemento da independência é o *Head* ou *Compliance Officer* que não pode ter funções na área de negócios. É essencial que, ainda que não seja membro da alta gerência, possa se reportar diretamente ao Conselho de Administração ou órgão equivalente.

O terceiro elemento é o conflito de interesses. O profissional de *compliance* não pode estar submetido a uma situação em que suas atividades possam ser comprometidas por incompatibilidades com outras atividades da companhia. Não convém, por exemplo, o *Compliance Officer* também atuar dentro da assessoria jurídica em atividades diretamente relacionadas à área de negócios.

Por fim, como quarto elemento, é necessário total acesso às informações da companhia, podendo comunicar-se com qualquer membro da empresa e ter acesso a qualquer tipo de registro de qualquer setor ou departamento da empresa.

4.4 Elementos essenciais do *compliance*

Apesar de possuir características inerentes a cada empresa, dependendo essencialmente da cultura organizacional, os programas de *compliance* possuem elementos que podem ser considerados como requisitos indispensáveis a todas as empresas, independente de sua cultura, setor de atuação, tamanho e estrutura.

⁴³ CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan, 2012. p. 32.

Assim, temos diversos exemplos, como o da OCDE, que em 2010 estabeleceu o Guia de Boas Práticas em Controles Internos, Ética e *Compliance*. De acordo com Debbie Troklus e Sheryl Vacca⁴⁴, podemos destacar sete elementos essenciais para um programa de *compliance* eficiente.

O primeiro passo é estabelecer padrões de conduta, políticas e procedimentos internos. Essas serão as ferramentas essenciais para a base de um bom programa de *compliance*. Precisam, portanto, ser desenvolvidas levando em consideração a cultura organizacional, o meio em que a companhia atua e o perfil dos profissionais que fazem parte dela.

Acima de tudo, porém, tais normas internas devem ser divulgadas a todos os colaboradores em todos os níveis da companhia e, para garantir que a comunicação seja feita de forma eficiente, é indispensável que tais documentos estejam em linguagem de fácil assimilação e na língua materna do leitor. Portanto, empresas multinacionais com atuação em diversos países devem se preocupar com a tradução adequada de seus códigos, normas e procedimentos e até mesmo considerar versões em braile quando necessárias.

A divulgação dessas normas, sempre que possível, deve ser feita de forma presencial, com treinamentos e possibilidade de questionamentos e esclarecimento de dúvidas. Em versões *online*, é recomendável haver avaliações de absorção de conhecimento e, nos treinamentos presenciais, termos de participação. Tais procedimentos podem vir a ser bastante úteis em caso de ser necessário demonstrar a efetividade do programa junto às autoridades.

Além disso, é essencial que as políticas e procedimentos sejam de fato cumpridos e não apenas por uma camada de colaboradores. Deve ficar claro a todos que elas são aplicáveis a toda a empresa independente do cargo ocupado. Isso pode ser garantido pelo envolvimento do Presidente, CEO ou autoridade correspondente.

⁴⁴ TROKLUS, Debbie; VACCA, Sheryl. International Compliance. How to build and maintain an

Para garantir uma abordagem completa e eficiente, as políticas e procedimentos ditos estruturais, ou seja, aqueles que criam as bases para o funcionamento do programa de *compliance*, devem, preferencialmente, conter os seguintes elementos:

- As diretrizes ou missão do programa de *compliance*;
- Regras para revisão constante e criação de novas políticas e procedimentos;
- Papel bem definido do *Compliance Officer*, Gerente de *Compliance* ou cargo similar;
- Existência de um Comitê de *Compliance* com papel bem definido;
- Metodologia para denúncia anônima (melhores práticas) ou ao menos confidencial com garantia de não retaliação e não retribuição, que deve ficar clara para todos os colaboradores;
- Estabelecimento de processos de auditoria e monitoramento periódicos;
- Metodologia de resolução de denúncias de possíveis mal condutas.
- Ações disciplinares bem definidas e em harmonia com as políticas da área de Recursos Humanos;
- Procedimentos de destruição de arquivos.

Já as políticas e procedimentos chamados de substantivos, que são aqueles que efetivamente definem a aplicação das regulações, devem conter os seguintes pontos:

- Processos de prevenção para ações inapropriadas em áreas de risco específico em que ainda não haja políticas definidas;
- Delimitar áreas de risco chave nas quais ainda não existam políticas e procedimentos específicos;
- Requisitos para documentação.

O segundo elemento essencial é a existência de um *compliance officer* e Comitê de *compliance* ou equivalentes. Ainda que a dedicação não seja em tempo integral, o que dependerá principalmente do porte da companhia, é de extrema importância a designação de um profissional como ponto focal para os assuntos de *compliance* e sua autoridade deve ser suportada pelo CEO, presidente ou membros do conselho.

Não é incomum, porém, que e diversas empresas o profissional de *compliance* se reporte ao diretor jurídico ou mesmo diretor financeiro. Pelos padrões aceitos, isso se torna preocupante na medida em que ambos os cargos possuem suas atividades diretamente ligadas às frentes de negócios e pode, assim, haver um evidente conflito de interesses, o que coloca em risco a atividade do profissional de *compliance*.

Dentre as funções de um *compliance officer*, podemos destacar:

- Elaborar, implementar, monitorar e revisar periodicamente o programa de *compliance*;
- Reportar-se de forma regular aos administradores, CEO e comitê de *compliance*;
- Desenvolver, coordenar e participar de programas de treinamento;
- Assegurar-se de que aqueles com quem a companhia faz negócio conhecem os requerimentos do programa de *compliance*;
- Atender aos colaboradores e parceiros em relação a quaisquer dúvidas relacionadas ao *compliance*;
- Garantir que verificações de antecedentes sejam realizados de acordo com as normas locais;
- Prestar assessoria em relação aos assuntos de *compliance* (em contratos, por exemplo) e atividades de monitoramento;
- Assegurar a existência de mecanismos de gestão que reduzam riscos;
- Garantir investigação independente em assuntos de *compliance*;

- Garantir que a gerência atue corretamente para resolver problemas identificados.

As boas práticas de mercado vêm considerando que o profissional de *compliance* não é suficiente para garantir um ambiente totalmente aderente às normas, políticas e procedimentos estabelecidos. A formação de um comitê de *compliance* é considerado, assim, um diferencial importante que torna as atividades de *compliance* ainda mais consistentes.

Dentre suas funções, podem ser destacadas:

- Análise de requisitos legais e áreas de risco específicas;
- Revisão regular e avaliação de acuracidade e aderência das políticas e procedimentos;
- Assessoria no desenvolvimento de padrões de conduta, políticas e procedimentos;
- Monitoramento de sistemas internos relacionados aos padrões, políticas e procedimentos;
- Revisão de diretrizes e normas do setor em que a empresa atua;
- Determinação da estratégia mais apropriada para promover o *compliance* na companhia.

O comitê deve ser composto, preferencialmente, por indivíduos de diversos departamentos, com perfil condizente a essa função, que consigam transmitir o espírito do programa para toda a companhia. Preferencialmente, o *compliance officer* é escolhido pelo comitê e pode inclusive fazer parte dele.

Outro elemento essencial é a educação, ou seja, a formação dada aos colaboradores, em especial por meio de treinamentos. É sobretudo por meio deles, em especial os presenciais, que se consegue realmente atingir o público alvo e conquistar a colaboração da grande maioria no desenvolvimento de um *compliance* eficaz.

Um bom projeto de treinamento deve utilizar todos os meios disponíveis para a transmissão do conhecimento necessário. É importante ter em mente que diferentes pessoas reagem de forma distinta a estímulos. Há aqueles que absorvem conhecimento mais facilmente sendo estimulados visualmente. Outros são fixos melhor quando a abordagem é sonora. Há também que se saia melhor com abordagens dinâmicas com isso de situações hipotéticas. Ou seja, é necessário ter consciência que para se atingir um grupo maior com o resultado esperado de absorção do conhecimento, um treinamento será mais eficaz se conseguir abordar os assuntos de diferentes formas.

Por fim, a questão sobre a obrigatoriedade ou não desses treinamentos deve ser superada no atual momento econômico. Não há mais dúvidas de que, ao menos quanto aos treinamentos voltados para o público em geral, a presença deve ser obrigatória, tendo em vista que, assim como ninguém pode alegar desconhecimento da legislação em vigor em sua defesa, também não se pode mais aceitar ter colaboradores trabalhando dentro de uma companhia sem que estes tenham conhecimento das suas políticas, procedimentos e códigos de conduta. Um programa de treinamento eficiente deve, assim, contar treinamentos gerais voltados para todos os colaboradores e específicos, enfatizando determinadas áreas e riscos. Cada público deve ter sua participação cobrada e confirmada com termos e avaliação de desempenho.

O monitoramento e auditoria são também elementos essenciais. Apesar de termos similares, são trabalhos totalmente distintos. A auditoria é um método formal, com escopo e critérios bem definidos, realizado de forma independente da gestão e com isenção total de interesses. Já o monitoramento é um procedimento do dia a dia, usado para auxiliar a identificar aspectos operacionais, sem a necessidade de ser independente.

Em ambos os casos, faz-se necessária uma avaliação de riscos prévia para, então, se definir um plano baseado nos riscos identificados. Há, assim, certas funções comuns a todas as empresas que merecem atenção:

- Terceiros intermediários;
- Conflito de interesses;
- Propriedade intelectual;
- Segurança e proteção de dados;
- Práticas de corrupção;
- Antitruste;
- Gestão de contratos;
- Viagens e entretenimento;
- Efetividade do programa de *compliance*.

As auditoria e monitoramento podem fazer uso dos mais diversos meios e técnicas para atingir os objetivos da verificação. Entre eles, podemos destacar visitas a filiais, entrevistas com os colaboradores envolvidos na gestão, operação, *marketing*, finanças, dentre outras, questionários; revisão de documentos; estudos de resultados buscando desvios em áreas específicas durante um determinado período, revisão de denúncias internas e externas, uso de entrevistas de avaliação de desempenho e de desligamento para identificar potenciais irregularidades.

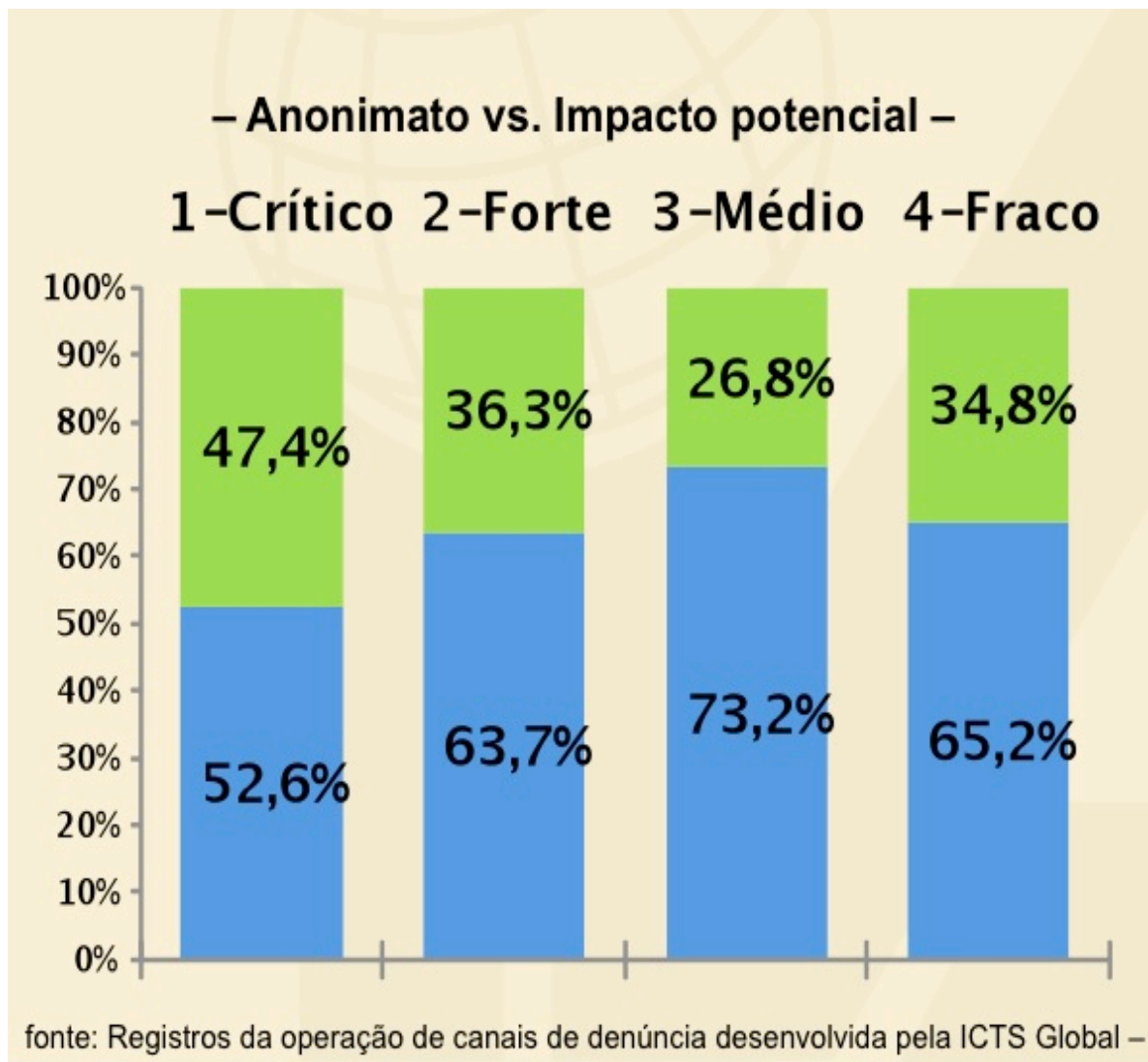
Investigação e reporte são considerados o quinto elemento essencial para um bom programa de *compliance*. Conseguir encorajar que denúncias sejam feitas de forma voluntária por colaboradores demonstra enorme confiança na estrutura desenvolvida para o programa de *compliance*, especialmente quando consegue transmitir a garantia de não retaliação e os denunciantes verificam o resultado da denúncia.

O anonimato, porém, dependerá de legislações locais. No Brasil, atualmente, não há qualquer norma que impeça que os canais de denúncia funcionem com garantia de anonimato. Aliás, culturalmente, é o que se espera no país e se verifica

que empresas que não dão essa garantia possuem geralmente uma baixa incidência de acessos aos seus canais de denúncia.

O quadro abaixo é um bom exemplo do impacto que o anonimato tem nas denúncias:

Anonimato versus Impacto Potencial⁴⁵



Fonte: ICTS Global

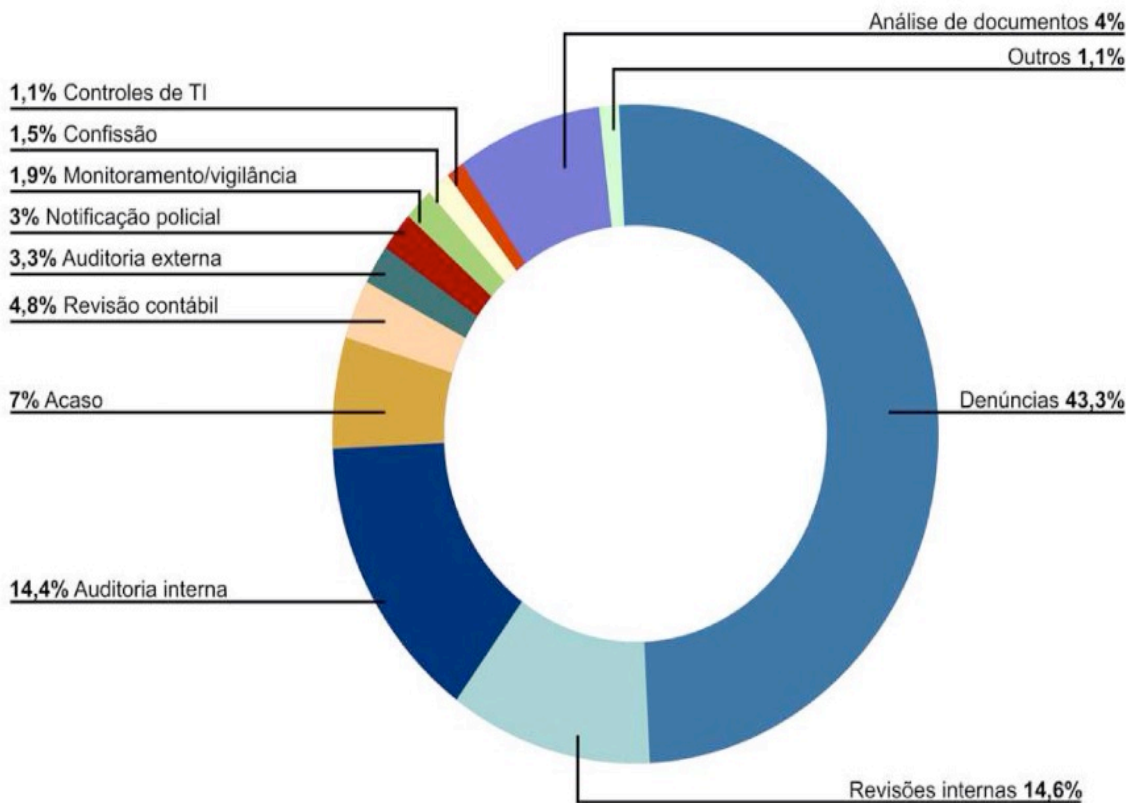
⁴⁵ ICTS Global. Disponível em: <http://www.iiabrasil.org.br/new/download/apresentacoes_conbrai2012_2/15h_Fernando_Fleider_Platano.pdf>. Acesso em 26.08.2014.

Já o quadro seguinte demonstra a enorme importância que um canal direto tem dentro dos meios de investigação:

Detectando Atos Ilícitos

DETECTANDO ATOS ILÍCITOS

Como as empresas descobrem fraudes - 1.388 empresas/2012



Fonte: Association of Certified Fraud Examiners (ACFE)

Fonte: Association of Certified Fraud Examiners (ACFE)⁴⁶

Em países como a França e Espanha, entretanto, em decorrência de suas respectivas leis de proteção de dados, o anonimato não é permitido e a identidade do denunciante é necessária pra que as investigações tenham garantia de legalidade. Esse modelo vem se tornando tendência na Europa e deve se confirmar

⁴⁶ ACFE. Disponível em: <<http://www.acfe.com/>>. Acesso em 26.06.2014.

com a entrada em vigor da chamada *General Data Protection Regulation*⁴⁷, que pretende unificar o tema de proteção de dados nos países da União Europeia. Todos, porém, podem e devem garantir total sigilo de identidade dos denunciante.

A identificação do denunciante apesar de em muitos casos reprimir e desincentivar a procura espontânea pelos canais de denúncia, por outro lado possibilita que o profissional de *compliance* tenha um canal aberto com o denunciante e solicite dados adicionais para conseguir evoluir nas investigações, bem como também possibilita que este último possa receber um retorno quanto ao resultado. Em qualquer caso, é essencial que haja total garantia quanto à não retaliação e confidencialidade.

O sexto elemento essencial são as medidas disciplinares. Nenhum programa de *compliance* terá êxito sem que haja incentivos e, principalmente punições em caso de descumprimento das normas estabelecidas. Portanto, todas as políticas e procedimentos devem trazer também suas respectivas medidas disciplinares, a forma como o não cumprimento será punido. Não apenas isso, a falta de comunicação de uma irregularidade da qual comprovadamente se tenha conhecimento também deve prever punições. Tais punições precisam ser justas e adequadas ao grau de seriedade da irregularidade e devem ser aplicadas com consistência.

Usualmente, não apenas no Brasil por conta de influências da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), mas como prática consolidada entre os profissionais de *compliance*, costuma-se aplicar uma gradação das penalidades, começando por uma advertência verbal, seguida de advertência formal escrita, suspensão e finalmente demissão, que no Brasil pode ser com ou sem justa causa, a depender da existência de provas robustas da irregularidade. As multas, praticadas em alguns países, devem ser evitadas em território nacional.

⁴⁷ Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm>. Acesso em 24.06.2014.

A verificação de antecedentes, muito comum em outros países, pode ser feita no Brasil, mas com cautela e limites. Apesar de algumas empresas fazerem uso de verificações abrangentes, algumas delas podem ser consideradas discriminação passíveis de punição como, por exemplo, a verificação de restrições ao crédito feitas junto ao SPC e Serasa. Entretanto, pedidos de referência e consultas a empregadores anteriores podem e devem ser realizadas.

Por fim, o sétimo e último elemento essencial de um programa de *compliance* é a reação e prevenção. Não basta a criação de um canal eficiente de denúncias e o incentivo para que elas ocorram de forma espontânea. A resposta com investigações, correções e punições quando for o caso é essencial para manter a credibilidade do programa de *compliance* e de seus profissionais.

A falha em reagir às denúncias pode não apenas colocar em risco o bom funcionamento dos canais como, pior ainda, estimular a atuação de *whistleblowers*⁴⁸, definidos como aqueles que expõem uma má conduta, irregularidade ou ilegalidade de uma companhia. Essa exposição pode ocorrer apenas internamente, envolvendo outros colaboradores, mas a maior preocupação se dá quando ela ocorre externamente, envolvendo autoridades e/ou veículos de comunicação. A companhia fica totalmente exposta normalmente sem conseguir se preparar estrategicamente para uma possível delação espontânea e ficando impossibilitada de se beneficiar de acordos de leniência, isso sem falar nos enormes prejuízos em relação à reputação da empresa no mercado.

Para evitar que isso ocorra, é importante manter os denunciantes que se identificaram informados sobre os avanços das investigações sempre que possível, bem como buscar dar andamento a todas as denúncias recebidas ou ao menos enumerando-as por grau de seriedade e ordem de prioridades em caso de limitações de equipe, tempo, orçamento, etc.

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. The whistleblower protection programs. Disponível em: <<http://www.whistleblowers.gov>>. Acesso em 24.06.2014.

As investigações internas devem ser conduzidas com total cuidado e detalhadamente documentadas. O time de investigação deve preferencialmente conter membros que possuam conhecimento técnico sobre a área a ser analisada, com o *compliance officer* obviamente fazendo parte do time.

O processo deve conter a documentação relevante e, ao final, um relatório com resumo dos fatos, procedimentos adotados, documentos analisados e medidas adotadas para regularizar a situação. As políticas e procedimentos, por sua vez, podem e devem ser revistas e atualizadas se constatada essa necessidade, com o intuito de eliminar o risco então encontrado.

4.5 Principais fontes de regulamentação

A lei 12.846/13, lei Anticorrupção ou LAC, foi a primeira norma a destacar o que poderia ser facilmente traduzido como um programa de *compliance* como meios de ponderação de sanções. Até então, as fontes para se justificar a criação e manutenção de um programa de *compliance* em empresas não submetidas à FCPA ou UKBA limitavam-se ao que a OCDE e ONU deliberam sobre o assunto.

Porém, conforme esclarecido no parágrafo único do artigo 7º da nova lei, o item VIII, que versa sobre os mecanismos de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, ou seja, sobre o programa de *compliance*, será regulamentado pelo Poder Executivo Federal.

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
VIII - 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;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (grifo nosso)⁴⁹

Trata-se da Controladoria Geral da União, que deve apresentar não apenas as diretrizes para os programas como também informar como pretende verificar a efetividade dos mesmos dentro das empresas.

Como a inspiração para o texto acima é evidentemente em legislação estrangeira já existente como FCPA e UKBA, não se deve esperar nenhuma inovação e aquelas empresas multinacionais que já possuem programas bem desenvolvidos em decorrência de estarem submetidas a essas leis externas não devem ter dificuldades em se adequar à nova lei brasileira quando a regulamentação for finalmente sancionada.

A legislação anticorrupção em questão, com exceção do que se refere ao *compliance*, trouxe como inovação em relação ao ordenamento existente, apenas a responsabilidade objetiva das empresas. Outros elementos já eram previstos na lei 12.529/11, defesa da concorrência, na lei 9.279/96, concorrência desleal e até mesmo no Código Penal.

Como signatário da OCDE a partir de 1997, o Brasil acabou por incluir no Código Penal o artigo 337-B:

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (Incluído pela Lei nº 10467, de 11.6.2002)⁵⁰

Os avanços vistos nos últimos anos, que culminaram com a nova lei anticorrupção se deveram especialmente em decorrência do trabalho feito pela OCDE, sobretudo o grupo de trabalho responsável por avaliar os países signatários. O Brasil, por exemplo, já foi avaliado duas vezes, aumentando a pressão pela adoção de leis que responsabilizem as empresas por atos de corrupção.

A LAC, portanto, vem se juntar a uma gama de normas mundiais que tratam do tema de forma específica:

- Convenção de Combate à Corrupção;
- OCDE Convenção de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros / Grupo de Trabalho Anticorrupção;
- OEA – Convenção Interamericana de Combate à Corrupção;
- UK *Bribery Act*;
- Grupo de Países Europeus contra a Corrupção (“GRECO”);

⁴⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 24.06.2014.

⁵⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 25.06.2014.

- Bancos de Multilaterais de Desenvolvimento (BID, Banco Mundial);
- Lei de Improbidade n. 8.429/1992;
- Lei de Concorrência Desleal n. 9.279/1996;
- Lei de Lavagem de Dinheiro n. 9.613/1998;
- Lei de Defesa da Concorrência n. 12.529/2011;
- Alteração da lei de Lavagem de Dinheiro n. 12.683/2012;
- *The Canadian Corruption of Foreign Public Officials Act (S.C.1998, C. 34)* ;
- Lei Chilena - *Ley de Responsabilidad Penal Corporativa* - nº 20392;
- Novas Leis Anticorrupção na Rússia (nº 237), Indonésia (30/2002), China (*Anti Unfair Competition Law of the People's Republic of China e Criminal Law of the PRC*), Colombia (Lei 1474/2011);
- Lei Brasileira Anticorrupção n. 12.846/2013.

Não há dúvidas de que a tendência mundial deve levar a uma regulação cada vez maior a fim de garantir que o livre mercado ocorra de forma realmente competitiva, com regras claras e iguais para todos, dificultando cada vez mais o uso de alternativas que coloquem em risco a concorrência limpa e justa.

Nesse contexto, mesmo aqueles mercados que se demonstram viciados por práticas de corrupção atávicas precisarão se reinventar para conseguir sobreviver num mundo cada vez mais globalizado e com regras que se não são idênticas, estão cada vez mais parecidas em todo o globo.

4.6 A Legislação americana

Ainda que o foco desse estudo seja o *compliance* no Brasil, não resta dúvida quanto à enorme influência da legislação norte americana nas normas existentes no país.

São americanos os maiores escândalos da história, que desencadearam o conjunto de leis que temos hoje nos Estados Unidos e às quais diversas empresas que operam no Brasil, seja por serem filiais de companhias americanas, seja por serem brasileiras com ações das bolsas daquele país, estão sujeitas e, portanto, precisam adotar programas de *compliance* condizentes com aquelas normas.

Além de normas como Sarbannes-Oxley, de extrema importância para os aspectos de auditoria e contabilidade daquelas empresas que, como já dito, estão vinculadas ao mercado norte americano, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) emite constantemente diretrizes que orientam o sentenciamento em seu sistema judiciário. Tais diretrizes acabam servindo também como parâmetros para as empresas, em especial quando há dúvidas quanto à interpretação de determinado assunto.

Porém, nenhuma lei teve e tem tanto impacto quanto a *Foreign Corrupt Practices Act*, conhecida mundialmente como FCPA. Nunca se viram tantas multas milionárias sendo aplicadas e tantos executivos sendo punidos, em especial por causa de um de seus dois aspectos relevantes, o foco na corrupção de autoridades estrangeiras.

O FCPA é aplicável a qualquer pessoa física que tenha conexão com os Estados Unidos, sendo cidadão ou trabalhando no país e que pratique atos de corrupção no exterior. Também se aplica a quaisquer empresas que atuem no território americano ou que possuam suas ações negociadas em bolsas dos Estados Unidos.

Assim, colaboradores de companhias americanas ou vinculadas aos Estados Unidos como dito acima podem ser alvo de investigações e punições se verificadas evidências de corrupção a autoridades brasileiras. Por esse motivo, também a legislação americana deve ser foco de atenção não apenas de empresas vinculadas ao mercado norte americano mas até mesmo daquelas que apenas lhes prestam

serviços, visto que não raro os parceiros são convidados a observar as políticas e procedimentos daquelas companhias.

4.7 A Legislação britânica

Bem mais recente, a *UK Bribery Act*⁵¹, de 2010, entrou em vigor em julho de 2011. Assim, ainda não houve tempo para se verificar sua eficácia. Porém, pela análise do seu texto, verifica-se que vem propondo punições bem mais agressivas em relação à FCPA norte americana.

Não há, por exemplo, limite quanto ao valor das multas e, mais surpreendente, ao contrário da FCPA e mesmo da LAC brasileira, que encaram os programas de *compliance* como fatores atenuantes, na UKBA, a existência do programa é condição para que a companhia possa se defender.

Da mesma forma que na lei americana, são passíveis de investigação e punição empresas com ligação com o Reino Unido, não importando onde o crime tenha ocorrido. O foco também são atos de corrupção.

Trata-se, até o momento, "da mais rigorosa lei anticorrupção no mundo"⁵², o que, para alguns analistas de mercado, pode colocar o Reino Unido em desvantagem, pois supostamente estaria tornando crime comportamentos comumente aceitos no mercado global.

Seja como for, é fato que o país em questão elevou o nível de intolerância a práticas de corrupção a outro patamar com a entrada em vigor da UKBA e a sua aplicação, quando e se começar a ser verificada, possivelmente poderá trazer grandes contribuições para o mercado global ao estabelecer padrões éticos mais rígidos.

⁵¹ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em 25.06.2014.

⁵² BRESLIN, Brigid; DORON EZICKSON, John Kocoras. *The Bribery Act 2010: raising the bar above the US Foreign Corrupt Practices Act*. ed. 1. Sweet & Maxwell: 2010. p. 362.

4.8 A Legislação brasileira

Após a abertura comercial do Brasil na década de 1990, o país precisou de muita pressão de órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para regular o mercado interno.

Em 1992, foi publicada a lei de improbidade. Em seguida, em 1996, a lei de concorrência desleal. Já em 2011 e lei de defesa da concorrência originalmente de 1994 foi atualizada e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica teve suas funções alteradas. Em 1998, foi publicada a Lei de Lavagem de Dinheiro, atualizada em 2012, criando o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Nesse mesmo ano, o Código Penal recebeu o acréscimo do artigo 337-B sobre corrupção ativa em transações comerciais internacionais.

A OCDE seguiu seu trabalho e avaliou o país em duas oportunidades, recomendando a edição de normas mais rigorosas de combate à corrupção. Foi apenas em 2013 que a legislação anticorrupção, 12.846/2013⁵³, foi publicada, entrando em vigor em janeiro de 2014.

Apesar de ter sido bem recebida e em momento propício, sua efetividade ainda gera incertezas. Num país onde o poder e a pessoa sempre se confundiram e, muitas vezes, eram vistos como uma única coisa e onde a honestidade, como um valor, já conviveu com nepotismo, escravidão e, sim, corrupção, não seria uma simples lei a mudar completamente as atitudes de toda uma nação. Obviamente, a normatividade é um caminho válido mas para que ela tenha efetividade, essencial será construir um ambiente em que a honestidade seja um valor primordial.

⁵³ BRASIL. Lei 12.846/2013 de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 25.06.2014.

A LAC não criou novas condutas. Ou seja, não incluiu no rol de atos lesivos condutas que anteriormente não eram considerados atos ilícitos. Todas as condutas previstas na nova lei já eram consideradas ilícitas por alguma das normas acima citadas ou mesmo pela Lei de Licitações, n. 8.666/1993.

A grande novidade foi a substituição do direito penal pelo direito administrativo e da pessoa física pela pessoa jurídica sem, contudo, revogar o que já estava em vigor. Assim, o objetivo da norma é atingir a empresa e prova disso é outra inovação trazida por ela com a responsabilização objetiva da pessoa jurídica.

Até então, a empresa poderia responder por improbidade administrativa em caso de comprovação que se beneficiou do ato e houve concordância do agente público. Com a nova lei, a punição independe da sua concordância e até mesmo conhecimento, o que só reforça a necessidade de um controle eficiente dos atos dos seus colaboradores.

O texto da lei apresenta problemas que não serão de fácil solução. Para exemplificar, segundo o artigo 5º da LAC:

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

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

(...)

Se estivéssemos analisando sob a ótica do Código Penal a vantagem indevida em questão deveria ser patrimonial e a promessa oferecida precisaria estar

atrelada ao funcionário público diretamente encarregado de praticar o ato de ofício configurado como crime. Sob a ótica da nova lei, porém, o que poderia ser considerada a vantagem em questão? Ao aplicar a lei, o operador do Direito precisará fazer uso de princípios como o da razoabilidade.

Outro potencial problema se deve à convivência da LAC com a legislação já existente, que apresentam muitas semelhanças em alguns artigos. Será, portanto, necessária atenção ao *bis in idem*.

As sanções, por sua vez, são consideráveis visto que não se limitam aos administradores e representantes legais, mas focam no faturamento da companhia com multas que variam de 0,1% a 20% do faturamento bruto, considerando para tanto o último exercício anterior ao da instauração de inquérito. Não sendo possível o cálculo, a multa passa a variar de 6 mil a 60 milhões de reais.

Judicialmente, as companhias podem se ver penalizadas com perdimento de bens, valores ou direitos, poderá haver a interdição ou suspensão das suas atividades e até mesmo dissolução compulsória e proibição de contrair empréstimos, receber subsídios, incentivos, subvenções ou doações.

Outro ponto que merece atenção são os acordos de leniência. Previstos em outras leis e havendo diferenças entre elas, dúvidas pairam quando à aceitação de outros órgãos em àquele com o qual o acordo foi celebrado. Em especial, o Ministério Público, sempre bastante ortodoxo, quando não se vir chamado a participar das negociações, poderá colocar em risco o acordo e acabar por prejudicar a empresa, tornando sua situação ainda pior do que inicialmente se apresentava.

De todo modo, de acordo com a LAC, o acordo de leniência será possível desde que haja colaboração na identificação de outros envolvidos na infração, além de entrega de documentação robusta que comprovem a ilicitude.

Como na Lei de Defesa da Concorrência, o acordo só será possível se a empresa interessada for a primeira a se manifestar, encerrar completamente seu envolvimento nos atos ilícitos e admita sua participação com colaboração total nas investigações que se seguirão.

Ao contrário da FCPA, que pode inclusive eliminar completamente as multas aplicáveis, ainda que isso seja completamente raro, a LAC não possibilita o mesmo, limitando-se à redução de dois terços do valor que seria aplicável.

Outra importante inovação da Lei Anticorrupção é a previsão da criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas, que poderá ser consultado pelo mercado e deverá funcionar como eficiente repressor e importante meio de combate à corrupção. O CNEP deverá seguir o mesmo modelo já adotado pelo Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas.

A análise do texto legal confirma que cada órgão da administração pública será autoridade máxima para instaurar e julgar os processos administrativos que irão verificar a responsabilidade das empresas investigadas. Esse ponto vem causando polêmica visto que alguns estudiosos entendem haver o risco de, em vez de a legislação provocar a redução de prática de atos ilícitos, poderá, por conta dessa descentralização, inclusive aumentar as práticas de corrupção dado o enorme poder entregue às respectivas instituições. Deve-se esperar, no mínimo, certa ineficiência e despreparo na condução desses processos dada a falta de experiência e conhecimento técnicos necessários.

O ponto mais relevante para a abordagem aqui apresentada é, sem dúvida, o artigo 7º, em especial o inciso VIII:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - 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;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal. (grifo nosso)⁵⁴

A previsão daquilo que se traduz tranquilamente como um programa de *compliance* eficiente combinado com a inovação da responsabilização objetiva da pessoa jurídica será um relevante incentivo para que as empresas considerem investimentos na prevenção, avaliação e investigação de riscos para evitar surpresas com condutas irregulares.

Ou seja, a lei em questão, sobretudo com os dois pontos acima destacados, servirá para legitimar a enorme importância do que se discutiu em relação à necessidade de um programa de *compliance* eficiente. Será certamente a nova lei a responsável por finalmente desenvolver e consolidar a cultura de *compliance* no país, que até então dependiam de empresas com algum vínculo com países onde a cultura já é forte nesse tema.

4.9 Legislação comparada

Dado que diversas empresas que operam no Brasil passaram a se ver subordinadas a mais uma legislação anticorrupção, visto que, por suas operações

mundiais, já possuíam programas de *compliance* adequados tanto à FCPA quanto à UKBA e, possivelmente, às leis que até então existiam no Brasil, cabe fazer uma comparação objetiva entre essas normas a fim de se buscar verificar pontos de possíveis ajustes.

Tal adequação, porém, só será realmente possível quando a CGU finalmente publicar a regulamentação a qual se refere o parágrafo único do artigo 7º da LAC. De qualquer forma, podemos analisar pontos como previsão de sanções para atos praticados por funcionários públicos nacionais, alcance extraterritorial, dispositivos contábeis e de controles internos, atos lesivos, pagamentos de facilitação, responsabilidade penal da pessoa jurídica e multas.

O excelente trabalho realizado por Ricardo Mendes⁵⁵, da empresa de consultoria Prospectiva resume de forma bastante eficiente a comparação de que se necessita para a compreensão das diferenças principais diferenças e dos pontos de conversão, necessários para a compreensão dos ajustes preliminares que podem ser realizados nos programas de *compliance* já em vigor.

Comparativo entre As Leis de E.U.A., R.U. e Brasileira⁵⁶

	USA FCPA	UKBA	LAC BR
Corrupção de Funcionários Públicos nacionais	Não	Sim	Sim
Alcance extraterritorial	Sim	Sim	Sim, limitado à participação da pessoa jurídica brasileira.
Dispositivos contábeis e de controles internos	Sim	Sim	Não
Outros atos lesivos	Não	Não	Sim, inclui outros atos contra a administração pública (e.g., fraude em licitações, frustrar competitividade em licitação).

⁵⁴ BRASIL. Lei 12.846/2013 de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 25.06.2014.

⁵⁵ Fonte: www.prospectiva.com. Acesso em 25.06.2014.

⁵⁶ Tozzini Freire. Quadro Comparativo. Disponível em: <http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_10-02-2014_15-06-14.pdf>. Acesso em: 26.08.2014.

Exceção para pagamentos de facilitação	Sim	Não	Não
Responsabilidade penal da pessoa jurídica	Sim	Sim	Não
Multas	Violação aos dispositivos contábeis: multa de até US\$ 5 milhões por violação; Violações aos dispositivos de controles internos: multa de até US\$ 25 milhões por violação; Duas vezes o benefício obtido ou almejado.	Ilimitada	Multa de até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou de até R\$ 60 milhões (se não for possível utilizar o critério do faturamento bruto), limitado ao valor do contrato.
Outras sanções	Declaração de inidoneidade, monitores, etc.	Declaração de inidoneidade.	Publicação extraordinária da decisão condenatória, suspensão ou interdição das atividades, etc.
Crédito pela existência de programas de <i>compliance</i>	Fator atenuante mas o grau do benefício a ser obtido pela empresa é geralmente deixado a critério do Departamento de Justiça.	Pré-condição para que a empresa possa se defender.	Fator atenuante mas já definidos os benefícios a serem obtidos mediante cooperação.
Crédito por reporte voluntário e cooperação	Sim	Sim, mas limitado.	Sim (redução de até 2/3 do valor da multa e exclusão das demais sanções).

De acordo com o quadro, verifica-se, por exemplo, que a legislação brasileira inclui outros atos lesivos, tais como fraude à licitação e frustração à competitividade. Também se percebe que as multas brasileiras, ainda que não cheguem ao caráter ilimitado da UKBA, são bastante agressivas em relação à FCPA.

A conclusão mais interessante de uma comparação entre as três normas, porém, é de que a LAC seguramente representa um importante e relevante instrumento de combate à corrupção e que, a depender de como seja posta em prática, pode ter tanta eficácia nesse objetivo quanto aquele já conquistado pela legislação norte americana.

4.10 Implementação de um programa de *compliance* eficiente

Para que um programa de *compliance* seja adequadamente implementado e possua credibilidade, alguns cuidados são necessários ao longo do processo. A

seguir, os principais pontos são apresentados, baseados no trabalho feito por Thomas Fox⁵⁷ em sua obra *Best Practices Under the FCPA and Bribery Act - How to Create a First Class Compliance Program*, e Wagner Giovanini⁵⁸ em *Compliance - A excelência na prática*.

4.10.1 Comprometimento da alta direção (*tone at the top*)

Antes de dar início a qualquer programa de compliance, é essencial a confirmação de que se tem apoio da alta direção da companhia, não importando o porte da empresa ou sua estrutura societária. Seja uma empresa familiar ou uma sociedade anônima, qualquer tentativa de se desenvolver um programa sem o apoio daqueles que efetivamente tomam as decisões relevantes da organização será frustrado sem o seu apoio.

O tom para o sucesso do programa precisa vir de cima, como está claro pela expressão em inglês tão usada na área. É a partir do apoio dos dirigentes que se conseguirá o envolvimento de diretores, gerentes, coordenadores para, então, conseguir envolver todos os colaboradores em todos os níveis da empresa.

É recomendável, portanto, iniciar o trabalho com a divulgação de uma mensagem, seja em vídeo, em texto, com a participação da alta direção, esclarecendo a importância de se iniciar a implementação de um programa de compliance sério, os motivos pelos quais isso está sendo feito e pedindo total apoio e colaboração de todos os gestores para garantir o envolvimento de suas equipes.

Com essa mensagem, poder-se-á passar a próxima fase e, quando o programa estiver pronto para ser implementado, uma nova mensagem de apoio deve ser transmitida. É importante lembrar que um programa de compliance eficiente

⁵⁷ FOX, Thomas. *Best practices under the FCPA and Bribery Act. How to create a first class compliance program*. Thomas Fox, 2013.

⁵⁸ GIOVANINI, Wagner. *Compliance. A excelência na prática*. Wagner Giovanini: São Paulo, 2014.

requer a constante participação de todos e os procedimentos precisam ser repetidos com constância.

4.10.2 Avaliação de risco (*risk assessment*)

Após conseguir o apoio da alta direção conscientizando os gestores do trabalho que será iniciado, faz-se necessário um mapeamento de todas as operações da companhia a fim de se identificar onde estão os riscos que deverão ser objeto de atenção do programa. A forma mais adequada de se trabalhar, nesse caso, é com apoio de auditores externos, que poderão desenvolver um trabalho com total independência.

Não sendo possível essa opção, possivelmente por questões de limitação orçamentária, sempre que possível, deve-se buscar o apoio dos profissionais de auditoria interna. Se mesmo isso não for possível, o *compliance officer* poderá, com sua equipe e apoio de determinados profissionais de cada área a ser avaliada, desenvolver o trabalho, que certamente será mais demorado e não terá a qualidade que se poderia conseguir por meio de auditores externos, bem como seu relatório será de difícil utilização para comprovação em uma eventual fiscalização, de que uma avaliação de risco foi feita de forma adequada. Servirá, porém, para se conseguir dar o passo inicial para a implementação de um programa com os requisitos mínimos necessários e que atenda as necessidades da empresa de acordo com sua realidade financeira atual.

A equipe de *compliance* que coordenará a avaliação de risco deverá conseguir o apoio de profissionais de cada área avaliada e fazer uso de seus conhecimentos específicos para conseguir concluir uma avaliação com propriedade e conhecimento técnico de cada uma das áreas avaliadas. Ou seja, o profissional de *compliance* não tem como dominar o conhecimento envolvido em todas as áreas e nem se espera isso dele. Deve, porém, saber conseguir desenvolver um trabalho em parceria com profissionais das diversas áreas e ser capaz de fazer tais profissionais

compreenderem o que é relevante na avaliação de risco que se está buscando fazer.

4.10.3 Elaboração de políticas e procedimentos

Concluída a avaliação de risco, que poderá durar diversos meses a depender da forma que se optou por realizá-la, o passo seguinte é a elaboração de normas adequadas para cada realidade. Ou seja, a partir dos riscos mapeados, o profissional de compliance irá, em conjunto com o responsável de cada área por esse trabalho, desenvolver políticas e procedimentos que visem eliminar ou no mínimo minimizar o risco específico, buscando formas de monitoramento dos mesmos.

Cabe esclarecer que o trabalho de elaboração de políticas e procedimentos não é necessariamente função do departamento de *compliance*, até porque para tanto exige-se conhecimentos específicos de cada área que, muito frequentemente, os profissionais de *compliance* não possuem. Estes devem, entretanto, dar total apoio e orientação na elaboração de tais regras, buscando uma padronização uniforme para toda a companhia e, acompanhar o monitoramento da aplicação de tais políticas e procedimentos.

4.10.4 Treinamento e avaliação

Uma vez elaboradas todas as políticas e procedimentos, consolidando-as todas em um programa completo, é necessário dar conhecimento a toda a organização sobre a existência de tais normas, sejam as gerais, aplicáveis a todos, sejam as específicas, com foco nas respectivas áreas a que dizem respeito.

O departamento de *compliance* deve, então desenvolver um cronograma que deve incluir todos os profissionais da companhia para as políticas e procedimentos

gerais, bem como treinamentos específicos para as normas destinadas a apenas um determinado público.

Tais treinamentos devem ocorrer com periodicidade preferencialmente anual e, sempre que possível, ser incluída nos programas de ambientação e boas vindas para novos colaboradores.

É de extrema importância, ainda que algum tipo de avaliação seja aplicada a fim de se verificar a absorção do conhecimento transmitido. Em uma fase mais madura do programa, sugere-se inclusive a vinculação do recebimento de bônus ou promoção com a participação e desempenho satisfatório nos treinamentos de *compliance*.

Importante ressaltar que para determinados níveis e áreas, o treinamento presencial é mandatório. Dependendo, porém, do tamanho da organização e quantidade de colaboradores, será necessário considerar treinamentos *online*.

4.10.5 Relacionamento com parceiros, fornecedores e clientes

Com a implementação do programa de *compliance* consolidado na organização, será natural verificar que o trabalho interno, que deve ser constante, não é suficiente. A empresa está inserida em um sistema complexo de relacionamentos interpessoais com outras empresas e entidades e isso, por si só, traz diversos riscos.

A organização não deve, portanto, esperar que todas as empresas com as quais interage estejam no mesmo estágio de evolução no que diz respeito ao *compliance*. Assim, não apenas com o intuito de se proteger mas também de divulgar para a sociedade seu programa e contribuir para um ambiente de negócios mais ético, a empresa deve passar a divulgar seu programa para fornecedores, parceiros e clientes.

No caso de fornecedores, é salutar a inclusão de cláusulas de *compliance* nos contratos celebrados, visto que proporciona uma segurança maior para o contratante. Além do mais, pelo fato de haver interesse daqueles em ser contratados, não costuma ser de difícil execução.

Tais cláusulas se referem àquelas relacionadas às boas práticas de gestão de profissionais envolvidos na prestação de serviços, cobrança de apresentação periódica de documentos relacionados ao recolhimentos de encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais, certificações de qualidade e de vistorias, declarações anticorrupção, de vínculo familiar e com o governo, cláusulas de não concorrência, direito autoral e confidencialidade, dentre outras práticas a depender do setor de atuação e do tipo de produto ou serviço fornecido.

Quanto aos parceiros, em certa medida, também costuma-se conseguir uma boa abertura tanto para a divulgação das políticas e procedimentos que a empresa segue e que gostaria de estender a tais parceiros como também a inclusão de cláusulas contratuais nesse sentido.

A situação mais delicada que se enfrentará certamente será a relação com clientes. Isso porque a competitividade atualmente existente no mercado já é fator preocupante. O caminho mais sensato, portanto, é de se divulgar o programa de *compliance* como um diferencial competitivo positivo e importante e, uma vez conquistado o cliente, procurar harmonizar as políticas e procedimentos de cada um e, em caso de o cliente não possuir seu próprio programa, procurar incentivar o seu desenvolvimento com base na experiência própria, propondo inclusive participação dos colaboradores do cliente em seus treinamentos.

Mais delicada ainda é a situação encontrada nos contratos públicos. Além de estar aí o mais risco de corrupção, não raro se encontram práticas viciadas e muita resistência à mudança. Nesse caso, cabe não apenas um monitoramento mais rigoroso dos colaboradores que atuam diretamente nesses contratos como uma

atenção maior para esses clientes, procurando desenvolver um relacionamento que permita a divulgação não apenas do próprio programa de compliance como também de propostas apresentadas por pela Controladoria-Geral da União em parceria com a Transparência Internacional para uma "Metodologia de Mapeamento de Riscos de Corrupção".⁵⁹

Ainda em relação aos órgãos públicos, dada a maior dificuldade ou mesmo impossibilidade de se negociar, convém um maior formalismo, procurando-se registrar toda e qualquer irregularidade por meio de ofícios, dando ciência das ocorrências, procurando requerer providências e, sempre que for o caso, reportando aos órgãos competentes de fiscalização tais como a CGU.

Se esse tipo de atitude pode parecer atentatório à manutenção de um bom relacionamento com o órgão, mais temerária é a inércia diante de fatos de potencial gravidade que possam em um momento posterior atingir à prestadora de serviços e inclusive lhe causar uma inidoneidade, impossibilitando-a de licitar com qualquer órgão da administração pública.

4.10.6 Revisão e atualização

Todo o trabalho realizado para a construção e implementação de um programa de *compliance* eficiente não estará completo se não estabelecer um processo de revisão constante e atualizações sempre que houver a necessidade de modificação.

Assim, além de um cronograma de treinamentos periódicos com avaliações e análises de desempenho, é de extrema importância uma avaliação periódica da eficácia do programa, bem como de sua atualização de acordo com a legislação em vigor nos países onde o programa é aplicável.

⁵⁹ CGU. Metodologia de mapeamento de riscos de corrupção. Disponível em:

Sem isso, o programa está fadado a, após algum tempo, se tornar obsoleto e sem utilidade prática, perdendo por completo sua função e objetivo iniciais.

Em especial nas empresas de *outsourcing*, essa revisão e atualização é ainda mais importante, pois ao longo de um determinado período, um ano por exemplo, é razoável acreditar que novos contratos foram conquistados ou relações em andamento se modificaram, podendo ter gerado deslocamento de profissionais alocados em clientes.

Assim, a revisão se faz necessária para que se possa verificar se os riscos estão devidamente mapeados e controlados, se todos os profissionais estão adequadamente treinados e cientes tanto das normas internas quanto daquelas dos clientes nos quais prestam serviços e se houve alterações relevantes nas políticas desses clientes ou em normas legais a que as empresas (fornecedor e tomador) eventualmente estejam subordinadas.

5 COMPLIANCE NOS CONTRATOS

Como se pode verificar ao longo da discussão apresentada até o momento, a ferramenta da relação que se tem como objeto de estudo é o contrato, seja quando se fala em *outsourcing*, *compliance*, corrupção ou ética, é por meio do contrato que tudo se operacionaliza.

Quando se fala de ética e *compliance* nas empresas de *outsourcing*, também se está falando de operações econômicas, seus riscos e oportunidades. Sob essa ótica, Enzo Roppo é preciso:

...existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação de riqueza, atual ou potencial transparência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria...⁶⁰

Assim, faz-se necessária uma breve análise deste instituto. Porém, dado o tema ora tratado de evidente atualidade, o enfoque necessário nesse caso é o da nova teoria contratual.

Tendo como base essa nova teoria, a relação com o *compliance*, como se verificará, é bastante clara. E é de extrema importância que toda a cultura desenvolvida com a criação e implementação de um programa de *compliance* eficiente seja reproduzida também nos contratos firmados pela companhia.

⁶⁰ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 13.

5.1 Visão geral

Existem, por certo, cláusulas que já estão de certa forma consolidadas e são bastante frequentes nos contratos comerciais utilizados atualmente. Isso se traduz em cláusulas que garantam confidencialidade, proteção de propriedade intelectual e não concorrência, como as mais comuns, mas também devem trazer previsões quanto ao respeito aos códigos de conduta e políticas internas sempre que couber fazê-lo. Anexando tais documentos quando for o caso aos contratos assinados, contribui-se para a divulgação da cultura de *compliance* da companhia para todos os seus parceiros.

Importante também prever uma relação de total transparência entre as partes, conhecimento mútuo de suas respectivas políticas e procedimentos e, em especial quando se tratar de serviços, terceirização (*outsourcing*), proteger a integridade dos colaboradores envolvidos no serviço prestado.

Além disso, não há dúvidas de que o *compliance* está intimamente relacionado com função social, autonomia da vontade e boa-fé objetiva, elementos diretamente relacionados a contratos de qualquer natureza.

Sobretudo após a entrada em vigor do novo Código Civil, de 2002, ficou evidenciado de forma expressa a importância dada à função social do contrato e boa-fé. Isso se verifica pelos artigos 421 e 422 do Novo Código Civil:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.⁶¹

⁶¹ Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22.12.2014.

Tais princípios não são novidade mesmo no ordenamento jurídico nacional. Da mesma forma, traçando-se um paralelo com as normas de *compliance*, e igual sentido, o ordenamento, por meio da legislação concorrencial e penal já existente, de certa forma já incentivada o desenvolvimento de políticas internas claras e rigorosas.

O novo código civil, assim como a nova lei anticorrupção, apenas vieram consolidar aquilo que já se vinha entendendo como parte essencial nos respectivos temas. Ou seja, a Lei 10.406/2002 veio positivar princípios que já eram considerados pelo poder judiciário antes da entrada em vigor da referida norma.

Conforme exemplo de decisão abaixo, o judiciário já considerava a função social em suas análises mesmo antes da entrada em vigor do novo código civil:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA : RMS 14454 RJ 2002/0016623-6

(...)

Não se revela ilegal ou abusivo o exercício da atividade fiscalizatória de maquinário eletrônico sobre o qual recai a suspeita de serem "jogos de azar", em face do comando normativo que proíbe a referida prática em nosso país. Supremacia do Interesse Público. A apreensão dessas máquinas de diversão eletrônica para perícia unitária, quando as suas características e as de jogos nela inseridos insinuam provável nocividade ao interesse público, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque realizado com intuito de assegurar a proteção aos seus usuários e, como consequência, de **preservar a ordem pública e o interesse coletivo, em harmonia com a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa.** (grifo nosso)⁶²

⁶² BRASIL. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/284072/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-14454-rj-2002-0016623-6>>. Acesso em 23.12.2014.

Com o novo código, passou a vigorar formalmente a nova teoria do direito dos contratos em detrimento da teoria clássica, então em vigor desde o século XIX, inspirada na ascensão do liberalismo político e econômico advindo da Revolução Francesa, priorizando o individualismo jurídico, tendo a vontade do indivíduo como princípio fundamental da vida econômica e social, com o estado limitando-se a garantir e proteger essa vontade⁶³.

Por um lado, a liberdade total garantida aos contratantes se tornou um ícone de progresso por representar uma evolução em especial nas sociedades ocidentais, garantindo ao indivíduo o rompimento dos vínculos com grupos, corporações e o Estado que dificultavam a livre iniciativa, garantindo a igualdade de todos perante a lei.

Por outro lado, porém, verificou-se que esse modelo de organização, supostamente mais progressivo, e em certo sentido de fato era, ainda que pautado na liberdade contratual, apresentava distorções da realidade, visto que a suposta igualdade formal entre os contratantes não necessariamente asseguraria uma justiça contratual. Ao contrário:

...uma autonomia privada baseada na igualdade formal, sem limites, ensejaria, em etapas sucessivas, a eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e conseqüentemente a supressão da própria autonomia privada, de maneira que certas limitações à autonomia privada não são apenas necessárias, mais imprescindíveis.⁶⁴

A igualdade jurídica, nesse caso, nem sempre corresponderia à igualdade fática, sobretudo por se tratar de uma sociedade capitalista dividida em classes. Isso levou o instituto do contrato a entrar em crise, obrigando o Estado a intervir nas relações para procurar garantir a justiça social.

⁶³ SANTOS, Antônio Jeová. Função social do contrato. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004, p.28-32.

A nova teoria do direito dos contratos busca, portanto, reconstruir os principais institutos do Direito moderno para que se possa encontrar uma composição entre os interesses individuais e as necessidades sociais, visto que o querer individual não pode nem deve ignorar sua repercussão na sociedade. Nas palavras de Lucas Abreu Barroso e Andreza Soares da Cruz, esse esforço é chamado de “funcionalização dos institutos jurídicos”, buscando ampliar a visão do jurista em relação à construção do direito para além do enfoque científico.⁶⁵

A funcionalização representaria, assim, o reconhecimento de limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico no exercício de faculdades objetivas quando possam configurar em abuso de direito. Devem-se estabelecer padrões que respeitem a ordem pública, os bons costumes, os interesses coletivos, o desenvolvimento econômico e o bem estar social.

Pela nova teoria, portanto, o contrato desempenharia, ao contrário do que ocorre no modelo clássico, não apenas as funções econômica e regulatória mas também a função social. Enquanto no modelo clássico não se vislumbrava a ideia de que o contrato poderia ter reflexos sociais, na sua concepção atual esse é um elemento essencial para garantir o justo equilíbrio social.⁶⁶

Isso significa que ao mesmo tempo em que a eficácia interna da função social é nula, a eficácia externa é evidente, pois inclusive flexibiliza dogmas clássicos para tornar mais evidentes os contornos sociais do contrato. Alguns estudiosos preferem chamar de eficácia social, afirmando também que “o contrato deixou de ser um assunto individual para se tornar uma instituição social, de modo que seus efeitos

⁶⁴ HÖRSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 2007, p.55-56.

⁶⁵ BARROSO, Lucas Abreu/CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea, *in* revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 2005, p. 79.

⁶⁶ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63.

ultrapassam a esfera dos contratantes para atingir também os interesses da sociedade.”⁶⁷

Exemplo dessa eficácia são os contratos que possam ofender interesses coletivos, tais como os que envolvem o meio ambiente e a defesa da concorrência. Trazendo para o tipo de contrato ora debatido, ou seja, contratos de *outsourcing* ou terceirização, a eficácia externa da função social se torna mais evidente justamente quando se está diante de uma situação de corrupção praticada em favor da empresa contratante, mas utilizando-se de funcionários da contratada alocados nas dependências da contratante. O prejuízo social é evidente.

Com a nova teoria dos contratos, não apenas a função social passou a ser relevante. Outros princípios como o da autonomia da vontade precisaram ser revistos.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo:

...na liberdade contratual, os interesses humanos existem, teoricamente, em pé de igualdade, pois o mais forte, economicamente, no mais das vezes, reduz, na avença, a área de atuação do direito do mais fraco, que fica desprotegido, juridicamente, no momento em que o contrato surge, bem como nas revisões dessa contratação.

Realizado o pacto, sob essa pressão, a lesão ocorre, e é difícil e custosa a reparação, para repor certos valores destruídos.

Se dermos força demais á liberdade contratual, ficando o homem livre, na sociedade, sem condições de discutir razoavelmente sobre suas convenções, será ele o mesmo que um pássaro libertado de uma gaiola, ao fácil alcance de um

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 551.

gavião, pronto para ataca-lo. Pouco duraria a liberdade daquele.

Uma coisa é realizar o contrato, outra é acomodar os interesses, que nele se expressam.⁶⁸

Também sobre a autonomia da vontade, discorrem Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rozenvald:

Em sede de autonomia privada, admite-se a vontade como suporte fático, porém acrescida à regulamentação legal, a fim de que realize interesses dignos de tutela. Cuida-se da funcionalização do contrato. Vale dizer, sendo o direito um meio de promoção de determinadas finalidades, o negócio jurídico somente terá juridicidade e justificativa social quando o concreto interesse das partes realizar os fins a que se propõe o direito, basicamente a harmônica convivência entre justiça, segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.⁶⁹

Em mesmo sentido, defende Sílvio Venosa:

O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o atual diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade. Somente o caso concreto, as necessidades e situações sociais de momento é que definirão o que se entende por interesse social.⁷⁰

⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral dos contratos típicos e atípicos. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 12.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de/ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. 2ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2012, p. 114.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 344.

Não há dúvidas de que a autonomia da vontade passou por considerável revisão e está atualmente indiscutivelmente limitada à função social do contrato. O mesmo se pode dizer da boa-fé objetiva que atine mais propriamente à interpretação dos contratos e não se desvincula do exame da função social.⁷¹

Além da função social e do elemento subjetivo de cada contrato, cabe ainda o exame da conduta objetiva das partes. Como bem expõe Sílvio Venosa:

A parte contratante pode estar já, de início, sem a intenção de cumprir o contrato, antes mesmo de sua elaboração. A vontade de descumprir pode ter surgido após o contrato. Pode ocorrer que a parte, posteriormente, veja-se em situação de impossibilidade de cumprimento. Cabe ao juiz examinar em cada caso se o descumprimento decorre de boa ou má-fé. Quando se fala em boa-fé objetiva, está-se referindo a um padrão comum de comportamento. Do homem médio, no caso concreto, levando-se em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁷²

Tais padrões dependem, obviamente, do que se aceita como tal em cada sociedade, conforme já exposto quando se discorreu sobre ética e moral.

Feitas tais considerações acerca da função social, autonomia da vontade e boa-fé objetiva, buscar-se-á fazer a conexão necessária de tais institutos com o tema ora proposto para discussão.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 346-347.

5.2 *Compliance* e função social

Função social pode ser definida como a "contribuição que um fenômeno provê a um sistema maior do que aquele ao qual o fenômeno faz parte."⁷³ O *compliance*, portanto, se encaixa perfeitamente, posto que possui como objetivo garantir a atuação de uma companhia ou instituição, pública ou privada, de forma sustentável e em conformidade com as normas de mercado e da sociedade na qual está inserida.

A contribuição dada pelo *compliance* não se limita à empresa. Se bem desenvolvido, extrapola suas fronteiras, atinge parceiros, fornecedores e clientes, influencia concorrentes e até mesmo os órgãos regulatórios, gerando um círculo virtuoso crescente e contagioso, capaz de impactar o mercado como um todo.

O inverso obviamente também é possível, motivo pelo qual se deve buscar a aplicação das melhores práticas e, com elas, incentivar a aderência de toda a cadeia envolvida na operação comercial, seja ela qual for.

Os contratos de *outsourcing*, que não estão isentos de observar o princípio da função social, ganham muito com a implementação de um programa de *compliance* eficiente, especialmente quando este evolui para as análises e revisões contratuais, buscando inserir cláusulas específicas de *compliance* como os exemplos abaixo:

(Denominação social da empresa do Consultor/Nome e sobrenome quando se tratar de pessoa física) se compromete a não divulgar, nem usar, ou revelar a terceiros qualquer tipo de informação técnica ou comercial, considerada ou não considerada confidencial por lei, posta à sua disposição ou obtida por ocasião ou em relação às negociações mantidas com a Empresa para a prestação de serviços de consultoria comercial. Toda a informação a que se refere esta cláusula

⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 347.

⁷³ HOULT, Thomas Ford Houl. Dicionário de Sociologia Moderna. ed. 1. São Paulo: 1969, p. 139.

será, a requerimento da Empresa, devolvida a ela, ou destruída em sua integridade ao término das negociações ou, em caso de se chegar à contratação com (Empresa do Consultor/Nome pessoa física), no momento do término do contrato que estabeleça. Estas obrigações de confidencialidade manter-se-ão vigentes e vincularão a (empresa do consultor/nome pessoa física) durante um período de 5 (cinco) anos após o término das negociações acima mencionadas ou, sendo o caso, do contrato que se formalize.

Data: _____

Assinatura: _____

(nome, sobrenome e assinatura da pessoa física ou representante da empresa do Consultor)

(Denominação social da empresa do Consultor/Nome e sobrenome quando se tratar de pessoa física) aceita e garante à Empresa, para o caso de chegar a ser contratado por ela para a prestação de serviços de consultoria comercial, que se absterá de realizar qualquer pagamento, direto ou indireto, seja fazendo uso de fundos recebidos da Empresa, de qualquer outra fonte e/ou de seus próprios fundos, em relação a qualquer negócio relacionado à Empresa, que possa infringir as leis locais ou qualquer outra lei ou disposição normativa dos países em que opere (Empresa do consultor/Nome pessoa física) e, em particular, que possa infringir as disposições legais que contenham a tipificação de suborno a funcionários públicos. **Em conformidade com o Convênio da OCDE de 1997 para o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais e a Convenção UNCAC.**

Data: _____

Assinatura: _____

(nome, sobrenome e assinatura da pessoa física ou representante da empresa do Consultor)

X. SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

X.X. A CONTRATADA se obriga a:

Quando solicitado, apresentar ao CONTRATANTE, no prazo de ___ horas a contar de sua solicitação, cópias das fichas de registro dos profissionais destacados para a execução dos serviços aqui contratados; certidão negativa de antecedentes criminais; atestados emitidos pelo SPC e Serasa; termo de confidencialidade assinado e com firma reconhecida em cartório.

Ou também adicionando anexos como ao contrato, como o documento apresentado no Anexo V, do qual se retira o trecho abaixo:

O Fornecedor declara que não autorizou, ofereceu ou realizou quaisquer pagamentos em dinheiro ou em qualquer meio de valor, direta ou indiretamente, a qualquer representante do governo, partido ou representante de partido político, candidato a cargo público, ou funcionário de um cliente comercial ou fornecedor do setor privado com o propósito de (a) influenciar quaisquer atos, omissões, decisões ou descumprimento por parte de representante do governo, cliente comercial ou fornecedor em sua capacidade oficial; (b) induzir tal representante do governo, cliente comercial ou fornecedor a usar sua influência para alterar qualquer ato ou decisão de um governo, cliente comercial ou fornecedor; ou (c) garantir vantagem imprópria de forma a obter, reter ou direcionar negócios, ou outros benefícios, e não participará de tais ações.

Tais exemplos de redação a serem incluídos em contratos de outsourcing demonstram como se opera a função social na prática nessas relações contratuais. Ou seja, o contrato celebrado não mais se limita aos aspectos operacionais do serviço que se propõe a regular, suas especificidades e tecnicidades, mas também

passa a observar os riscos que tal contrato pode trazer para a sociedade, sendo o risco maior relacionado a práticas de corrupção.

Os contratos de *outsourcing*, mais do que outros tipos de contrato, evidenciam um risco maior pelo fato de a empresa contratante se beneficiar de serviços prestados por uma mão-de-obra da qual não possui a gestão. Esse aspecto vem se evidenciando de tão forma que mesmo a Justiça do Trabalho, normalmente tão preocupada em proteger e garantir a dignidade e segurança do trabalhador, vem mudando seu entendimento quando se fala em investigação de antecedentes. Se antes essa prática poderia ser considerada atentatória à moral do empregado, atualmente o Tribunal Superior do Trabalho já vem entendendo o contrário conforme exemplificado pela decisão abaixo, cujo inteiro teor se encontra no Anexo VI:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (violação aos artigos 5º, XXXV, 515, § 1º, do CPC e 832 da CLT). Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC. O Colegiado examinou e fundamentou, em profundidade e extensão, toda a matéria que lhe foi devolvida, não havendo que se falar em negativa da prestação jurisdicional, mesmo porque o acórdão afastou, expressamente, a aplicação dos dispositivos legais invocados pelo embargante. Recurso de revista não conhecido. PROCESSO DE SELEÇÃO - PESQUISA SOBRE A CONDUTA PESSOAL DO CANDIDATO (violação aos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei nº 9.029/1995). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há de se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea -c- do artigo

896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.⁷⁴

As práticas de *compliance*, assim, serão cada vez mais importantes para garantir a atenção ao princípio da função social do contrato nas relações contratuais, em especial naquelas que envolvem *outsourcing*.

5.3 Compliance e autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, que garante às partes de um contrato a capacidade de manifestar a própria vontade e determinar o conteúdo das relações que se firmarão também se relaciona com o *compliance* na medida em que, atualmente, conforme já discutido, a vontade não pode ser considerada totalmente livre dada a coletividade que muitas vezes ter seus interesses prevalecendo.

Assim, da mesma forma em que numa relação consumerista ou trabalhista nem sempre prevalece o que foi estabelecido nas relações, documentadas ou não, o mesmo deve ser entendido quando se tem questões de *compliance* inseridas na relação.

Isso porque, por tudo que já foi exposto, resta claro o caráter totalmente social e de interesse coletivo das questões de *compliance*. Ainda que num primeiro momento, se limitem a aspectos restritos à empresa, é assunto de interesse de toda a sociedade na qual ela está inserida.

Portanto, quando o Código Civil em vigor apresenta o artigo 421 declarando que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", está nada menos que apresentando limitações à autonomia da vontade e, dentre elas, certamente podemos inserir as questões de *compliance*, de total cunho social como já discutido.

⁷⁴ RR - 38100-27.2003.5.20.0005, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento:

Nos contratos de *outsourcing*, a autonomia da vontade encontra barreiras não apenas nas limitações impostas pelas regras de terceirização, conforme já verificado, mas também nas regras de *compliance* que são adotadas tanto pela empresa contratante quanto pela fornecedora dos serviços. Ao mesmo tempo que essas normas não fazem parte formal da relação contratual, não podem ser ignoradas por nenhuma das partes.

É, portanto, salutar que as partes interessadas no negócio, se atentem para suas respectivas normas internas de *compliance* a fim de buscar harmonizá-las para uma adequada aplicabilidade e execução do contrato que se busca celebrar.

5.4 Compliance e boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva pode ser definida como uma conduta imposta, aceita socialmente, comercialmente, relacionada a princípios e normas, convenções sociais. Não depende, portanto, de características inerentes ao indivíduo, elementos psicológicos e pessoais próprios de determinada pessoa e sim do que é geralmente aceito como condutado homem médio em determinada sociedade.

Nelson Roselvald discorre de forma bastante adequada e pertinente sobre o assunto:

Alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, portanto obrando de boa-fé (subjéitiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele que se contrata. Daí dizer-se que pode alguém estar agindo de boa-fé (subjéitiva), mas não segundo a boa-fé (objetiva).⁷⁵

08/02/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012.

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. 1. ed. Saraiva, 2005. p. 80.

A relação entre boa-fé objetiva e *compliance* se explica, portanto, pelo fato de que as políticas e procedimentos devem ser desenhados em total harmonia com o princípio da boa-fé objetiva, visto que é a conduta imposta e aceita socialmente que se busca, pouco importando características pessoais.

Tais características pessoais, que se configuram na boa-fé subjetiva, devem ser objeto de atenção apenas quando da elaboração de treinamentos voltados para públicos específicos, buscando identificar as características pessoais e entender o que será necessário trabalhar para adequar aquele determinado público ao programa desenhado. Ou seja, por meio dos treinamentos (conforme discorrido no item 4.10.4) se busca harmonizar a conduta de todos os que estão subordinados às regras de *compliance* de uma companhia.

Nos contratos de *outsourcing*, o desafio é conseguir harmonizar os programas de *compliance* e garantir que ambos estejam no mesmo estágio de evolução, possibilitando que aquilo que se entende como boa-fé objetiva seja coincidente nas normas tanto da empresa contratante quanto nas da empresa fornecedora dos serviços e aqueles colaboradores que estejam subordinados a ambas as regras não encontrem dificuldades em respeitá-las.

6 COMPLIANCE NOS CONTRATOS DE *OUTSOURCING*

A nova teoria contratual, por óbvio, também se aplica aos contratos de *outsourcing* ou terceirização. Ainda que não estejamos falando de um contrato típico, é de tamanha importância e relevância no atual cenário econômico, conforme já discutido que não parece razoável seguir limitado a uma súmula.

As empresas de terceirização, ou *outsourcing*, estão, em igual sentido, expostas a tudo que foi, até agora, discutido. Um fator, porém, faz com que tenham que estar ainda mais atentas às discussões em relação ao *compliance*. Pela natureza de suas atividades, o elemento humano é o mais importante ao analisar aquilo que se está comercializando. Assim, considerando que as questões de *compliance* envolvem essencialmente o fator humano, empresas que prestam serviços, mais do que aquelas que comercializam produtos, estão ainda mais sujeitas, via de regra, a ocorrência de fatos que possam ferir as políticas e procedimentos internos, bem como as normas regulatórias do setor e legislação interna e externa quando aplicáveis.

Porém, não só isso. O fato de que uma empresa presta serviços a uma gama considerável de outras companhias também é, por si só, fator de extrema relevância, visto que coloca seus colaboradores em exposição contínua a culturas internas diversas. Portanto, temos um cenário em que um colaborador precisa ter conhecimento das políticas e procedimentos internos da companhia para a qual trabalha, ou seja, conhecer o programa de *compliance* de seu empregador, e, por outro lado, também deve estar familiarizado com as normas que regulam a empresa ou as empresas para as quais presta o serviço contratado. Isso significa não apenas conhecer o programa de *compliance* dessas companhias mas também entender que o setor que a regula pode não ser o mesmo da sua empregadora e, assim, terá uma gama ainda mais ampla de regras que deve conhecer e entender.

Numa realidade em que ainda é consideravelmente difícil imbuir os próprios empregados quanto ao programa de *compliance* da companhia, o desafio enfrentado pelas empresas de outsourcing é ainda maior quando consideramos que estas precisam ter colaboradores preparados para entender a cultura na qual seus clientes estão inseridos e procurar adequar suas atividades a elas.

Assim, se por um lado, a conscientização não só de empregados mas também de terceiros quanto aos programas de *compliance* internos é algo que deve ser estimulado, por outro, gera uma enorme dificuldade em se criar uma cultura própria, consolidada e sólida dentro de empresas de terceirização.

Não raramente, o colaborador poderá se encontrar numa situação de dúvida sobre que regra adotar. Nesse caso, é essencial que o departamento de *compliance* esteja preparado para dar o suporte necessário nas questões de possíveis conflitos de políticas e procedimentos.

A situação pode ser ainda mais preocupante quando se consideram contratos públicos de prestação de serviços, visto que, além de envolver processos licitatórios, que envolvem alto risco de ocorrência de fraudes e irregularidades relacionadas muitas vezes à corrupção.

Se ainda estamos apenas na fase inicial de uma cultura de *compliance* consolidada quando observadas as empresas privadas, falando na esfera pública, o estágio é ainda mais atrasado. É recomendável que as autoridades percebam o atual momento pelo qual o país está passando, com a nova lei anticorrupção obrigando adequações em todo o mercado e, com isso pensar na criação de mecanismos de *compliance* para a administração pública, inclusive com desenvolvimento de treinamentos específicos.

Tais mecanismos não apenas são muito bem vindo considerando o atual momento como também é recomendação da Organização das nações Unidas por

meio de seu Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei, conforme Resolução 34/169 de 1979, exposto a seguir:

Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei

Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de Dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169.

Artigo 1º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem sempre cumprir o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que a sua profissão requer.

(...)

Artigo 2º No cumprimento do dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos humanos de todas as pessoas.

(...)

Artigo 7º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer quaisquer atos de corrupção. Também devem opor-se vigorosamente e combater todos estes atos.⁷⁶

Ainda que o documento mencionado acima não apresente todos os pontos essenciais que devem regular a relação com os funcionários públicos, é um interessante ponto de partida e certamente dá bases para que se desenvolva uma regulação apropriada para a realidade atual do país, em especial quando a LAC estiver finalmente regulamentada pela CGU.

6.1 Descentralização do controle

No que diz respeito à prestação de serviços terceirizados, um dos pontos de maior impacto nas empresas de outsourcing possivelmente seja a descentralização do controle apresentado pela LAC, que dá a cada órgão autoridade para fiscalizar e coordenar os processos administrativos relacionados à aplicação da lei. Isso porque o risco de uso político desse poder é considerável e não pode de forma alguma ser desprezado.

Assim, em vez de se ter um real combate à corrupção, pode-se estar dando ferramentas para que atos ilícitos simplesmente ocorram de forma diversa do que atualmente é verificado.

De todo modo, trata-se de um ponto a ser verificado futuramente, quando a Lei Anticorrupção estiver consolidada e os primeiros casos comecem a surgir. Possivelmente, a prática leve ao legislador a repensar a LAC e, como já ocorre nos Estados Unidos e Reino Unido, decidir corrigir aquilo que se tem entendido como uma falha, criando, assim, um órgão centralizador e eficiente para cuidar especificamente dos assuntos relacionados à nova lei.

A centralização do tema não apenas traria uma uniformidade na forma de se processar os assuntos como também evitaria problemas decorrentes de casos em que os atos fossem praticados em diversas esferas e com diversas entidades, gerando, possivelmente processos distintos e com andamentos e conclusões totalmente diferentes.

⁷⁶ ONU. Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei. Resolução 34/169 de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>>. Acesso em 26.06.2014.

6.2 Dificuldades na implementação de normas

A tarefa a que se propõe o Estado, com a LAC, não é simples. Ao contrário, trata-se de um trabalho hercúleo, visto que exige não apenas uma aderência a novos dispositivos legais, mas principalmente porque exige uma total mudança cultural na forma de se fazer negócios no país.

Qualquer profissional atuante no mercado e que tenha algum tipo de contato com órgãos públicos pode constatar facilmente que a cultura de “pagamentos de facilitação”⁷⁷ e, por que não dizer, propina, está entranhada, como um parasita que se alimenta de seu hospedeiro. É um vício antigo, colonial, herança ibérica.⁷⁸

O problema está tão enraizado que, não raro, se constata um genuíno desconhecimento de que tal prática é, na realidade, ilícita. Portanto, o trabalho, mais do que simplesmente regulamentar e divulgar a nova lei, é bem mais o de conscientizar a sociedade para uma mudança comportamental.

Mesmo na esfera privada e até mesmo pessoal, a mudança necessária é relevante. Tem sido comum, principalmente desde as manifestações do mês de junho de 2013 quando a corrupção também estava na pauta⁷⁹, verificar-se reações indignadas. Porém, curiosamente, os índices de fraude a carteiras de estudantes⁸⁰, vendas de cds e DVDs e softwares piratas seguem elevados. O indivíduo tende a enxergar os atos alheios e próprios de forma diferente e isso precisa mudar para que se consiga ter uma cultura de *compliance* sólida. A luta contra a corrupção precisa começar com uma autocrítica e revisão do comportamento individual.

⁷⁷ GIOVANINI, Wagner. *Compliance*. A excelência na prática. Wagner Giovanini: São Paulo, 2014.

⁷⁸ FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext>. Acesso em 23.12.2014.

⁷⁹ Folha de São Paulo. País em Protesto. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/paisemprotesto/>>. Acesso em 26.06.2014.

⁸⁰ O Globo. Quase metade dos internautas já fraudou a carteira de estudante. E você? Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/cultura/quase-metade-dos-internautas-consultados-ja-fraudou-carteira-de-estudante-voce-4175600>>. Acesso em 26.06.2014.

Também se faz necessário garantir que não siga havendo impunidade. Ver autoridades julgadas e condenadas sem, porém, realmente cumprir as devidas penas apenas contribui para descrédito dos mecanismos de controle e proteção contra a corrupção. A FCPA só obteve o êxito apresentado até o momento porque, de fato, demonstra que as fiscalizações não apenas levam ao pagamento de multas consideráveis, mas também punem financeiramente e penalmente os indivíduos diretamente envolvidos.

O mesmo êxito só irá se repetir no Brasil se as fiscalizações aqui também derem origem a multas efetivamente pagas e indivíduos envolvidos com atos ilícitos realmente cumprindo as penas impostas. Enquanto houver mecanismos e artifícios legais que possibilitem retardar e, ao final, impedir encarceramentos, a credibilidade das instituições responsáveis não servirá para garantir o sucesso de uma lei de tamanha importância.

6.3 Exigências de diferentes setores

O *compliance* em empresas de *outsourcing* possui uma tarefa adicional em relação às demais companhias. Além de analisar a cultura interna e desenvolver, implementar e atualizar um programa de *compliance* a ela apropriado, bem como buscar divulgar tal programa para todos os parceiros, terceiros e quaisquer pessoas ou empresas que atuem de alguma forma com a companhia, o *compliance officer* de *outsourcing* deve buscar entender os programas comuns ao mercado em que atua, conhecer as políticas e procedimentos de seus clientes, procurar conciliar as normas a fim de criar um ambiente maior de *compliance* que envolva todo esse, digamos, microssistema dentro da economia.

Portanto, é essencial perceber que setores como o farmacêutico, de engenharia e construção, químico, ambiental, cada um possui características que lhes são muito peculiares e não raro uma companhia de *outsourcing* pode prestar serviços a todos esses perfis.

Seu próprio programa de *compliance*, portanto, deve estar preparado para tais peculiaridades de cada cliente que atua nos diferentes ramos da economia, assumindo assim um modelo mais aderente, receptivo e adaptável para comportar a conciliação com políticas e procedimentos de diferentes setores.

Os treinamentos de divulgação para parceiros e clientes, em igual sentido, devem estar adequados a cada um desses, procurando entender suas especificidades e demonstrando aderência dos programas da prestadora de serviços e da tomadora. Isso será de extrema importância para que a companhia de outsourcing consiga demonstrar, sobretudo a seus clientes, que ela é, de fato, uma escolha adequada para a contratação daquele serviço, pois possui políticas e procedimentos e um programa de *compliance* totalmente em harmonia com o seu próprio. Conseguir demonstrar essa aderência com um programa de *compliance* bem desenvolvido e que consiga prever diferentes situações e cenários em diversos ramos da economia, de forma consistente, será um passo importante para garantir uma parceria duradoura e com ganhos para ambas as partes.

Portanto, a situação singular encontrada nos contratos de *outsourcing* na qual se faz necessário muitas vezes a alocação da mão-de-obra de uma empresa dentro do ambiente de trabalho de outra requer atenção especial com desenvolvimento de normas específicas para esse cenário e harmonização dos programas de *compliance* aos quais os profissionais estarão subordinados.

6.4 *Compliance versus* lucratividade

Essa adequação das empresas de outsourcing aos diferentes tipos de clientes ou potenciais clientes deve ser feita tendo em consideração a garantir da manutenção dos lucros tanto da própria fornecedora dos serviços quanto de seus clientes.

É importante, portanto, um trabalho de conscientização para se demonstrar que certas medidas, como por exemplo investimentos na adequação do ambiente em que os profissionais serão alocados às normas técnicas de segurança do trabalho⁸¹, mesmo parecendo um investimento desnecessário, a médio e longo prazo podem ser o fator decisivo para se garantir as margens de lucro do negócios. Serão essas medidas fator decisivo numa eventual fiscalização e aplicação ou não de multas.

Assim, o objeto do presente trabalho foi abordado inicialmente com uma breve análise do sistema capitalista visto que o objetivo final era, entre outras coisas, abordar o dilema enfrentado por todas as companhias que atuam nesse sistema e, ao mesmo tempo, vendo-se obrigadas a uma adaptação à nova realidade em que há controle cada vez maior de sua atuação no mercado, o que frequentemente pode se traduzir em limitações ao seu objetivo maior, que é a lucratividade de seus negócios.

Verifica-se, portanto, a necessidade de uma mudança de certa forma radical sobre a visão que se tem dos objetivos de uma empresa atuante num mercado capitalista altamente competitivo e, mais do que isso, compreender que os resultados alcançados a curto prazo não serão sustentados a médio e longo prazos se as medidas necessárias para tanto não forem tomadas desde o princípio.

O primeiro passo é perceber que o *compliance* não é antagonista das atividades econômicas e da busca pela otimização de lucratividade. Ao contrário, seu fortalecimento na economia global vem justamente para garantir que essa lucratividade ocorra mas de forma sustentável e não seja algo meramente temporário, oportunista ou eventual.

O *compliance*, portanto, vem se acrescentar como mais um mecanismo que visa dar proteção aos detentores do capital para que possam fazer investimentos seguros, confiáveis e duradouros.

⁸¹ BRASIL. Normas regulamentadoras. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas->

Por meio de programas de *compliance* realmente eficientes, se poderá evitar que a reputação das companhias seja afetada, o que ocorre antes mesmo de qualquer punição pecuniária ou penal e que, em muitos casos, é até mais fatal para a economia da empresa. É com a comprovação de políticas e procedimentos bem definidos que as empresas que pretendam atuar no mundo cada vez mais globalizado irão garantir segurança e solidez naquilo que oferecem. Também é com códigos de conduta sérios que demonstrarão que a postura de seus colaboradores corresponde a dos padrões éticos aceitos.

6.5 Futuro do *compliance*

O combate à corrupção, por sua vez, é uma tendência sem volta. Portanto, em pouco tempo, não haverá mais a opção de “*non compliance*”. As companhias e empresários que estiverem realmente dispostos a atuar ativamente na economia, ainda que apenas localmente, precisarão se adequar ao que muito em breve, serão padrões cada vez mais globais.

Cada vez mais países vêm publicando leis anticorrupção e, analisando o conjunto de normas existentes, verifica-se enorme semelhança entre elas.

Universidades e faculdades já se atentaram para a importância do assunto e existem hoje algumas opções de cursos de pós graduação na área de *compliance*, além de projetos para se iniciar cursos de graduação, sobretudo em universidades americanas de alto nível.

Instituições como a *Society of Corporate Compliance & Ethics* (SCCE)⁸² já completam dez anos de existência, promovendo palestras e patrocinando congressos em diversos países e certificando profissionais por meio de cursos e exames abrangendo todos os aspectos de atuação dos profissionais.

regulamentadoras-1.htm>. Acesso em 23.12.2014.

⁸² Society of Corporate Compliance & Ethics. Disponível em: <<https://www.corporatecompliance.org/>>. Acesso em 26.06.2014.

A nova lei anticorrupção, apesar de suas deficiências, sem dúvida ajudará a consolidar o *compliance* no país de forma definitiva. Isso certamente abrirá caminho para novas regulamentações mais específicas como a de funcionários públicos, de setores altamente regulados como o farmacêutico e, sem dúvida, melhorias e aprimoramentos na própria LAC.

7 DIFICULDADES ATUAIS E PROPOSTAS

Atualmente, as grandes dificuldades relacionadas à atuação de empresas de *outsourcing* certamente estão no que diz respeito à falta de legislação específica regulamentando a terceirização. Diante disso, apesar da fiscalização constante do Ministério Público do Trabalho, ainda é considerável e crescente o volume de contratos de terceirização considerados irregulares. E mesmo os contratos que em princípio atendem aos requisitos da Súmula 331 do TST costumam ter algum aspecto questionado administrativamente (MTE ou MPT) ou judicialmente (ações civis públicas ou reclamações trabalhistas individuais).

Essa ausência de regulamentação gera insegurança jurídica num contexto em que essa forma de contratação é mundialmente aceita e praticada. Também os altos encargos trabalhistas que tornam as margens de lucro ainda mais reduzidas e acabam por incentivar práticas irregulares como a já discutida “pejotização” são outro ponto de atenção quando se fala em *outsourcing*.

Tais dificuldades, porém, já são há muito tempo bem conhecidas e estão seguramente bem mapeadas como risco potencial dentro dessas empresas. Já quando se fala em *compliance*, algo relativamente ainda novo para grande parte das empresas brasileiras⁸³, as dificuldades ainda são muitas vezes até desconhecidas.

O formato de terceirização requer sempre um gestor responsável pelos empregados alocados no cliente e é, em tese, com esse e apenas esse colaborador que a empresa deve manter contato quanto ao gerenciamento dos trabalhos. A realidade, porém, infelizmente é outra. Não raro, diretrizes são passadas pelo cliente diretamente ao empregado terceirizado e o oposto, a solicitação de novas demandas, também acontece. Chega-se inclusive ao ponto de se formalizar contratualmente essa subordinação direta ao cliente por meio dos chamados contratos de *bodyshop*. Em um cenário mais grave, há inclusive situações de

⁸³ MADRUGA, Antenor/BELOTTO, Ana Maria. Compliance ganhou força no combate à corrupção. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jan-03/retrospectiva-2013-compliance-ganhou-forca-combate-corrupcao>>. Acesso em 23.12.2014.

assédio moral ou sexual cometidos pelo cliente em relação a funcionários que sequer são formalmente seus.

Ou seja, sob o aspecto de *compliance*, a companhia de outsourcing precisa se preocupar também com a exposição a que submete seus colaboradores quando os aloca dentro de seus clientes, seja porque os está expondo a riscos dos quais tem pouco ou nenhum conhecimento e controle, seja porque desconhece a cultura daquela empresa.

Por esse motivo, o processo de terceirização com alocação de funcionários dentro de clientes deve ser feito de forma estudada, com o conhecimento da cultura, das políticas e procedimentos a que aquela unidade está submetida, análise de risco feita para traçar o perfil dos colaboradores aos quais a fornecedora estará expondo seus funcionários, garantia de canal de denúncia disponível a todos, inclusive funcionários do cliente, monitoramento constante e acompanhamento próximo.

Tais procedimentos por certo não evitarão problemas. Porém, certamente reduzirão consideravelmente os riscos e, pelo menos, os mesmo serão, como a ausência de legislação específica e “pejotização”, bem conhecidos e mapeados internamente, com adoção de medidas eficientes e imediatas sempre que necessário.

7.1 Problemas enfrentados

Os principais problemas nos negócios de *outsourcing* são sobretudo aqueles relacionados à ausência de norma específica, limitando-se até hoje a uma Súmula do TST (331), a enorme carga tributária e trabalhista, que incentiva a prática da “pejotização”, trazendo o risco não apenas para dentro da empresa de *outsourcing* mas também para dentro de seus clientes e a falta de controle dos empregados alocados fora da empresa.

O ideal seria que o projeto de lei em trâmite fosse finalmente votado e aprovado ou uma nova proposta amplamente discutida entre os diferentes setores e classes envolvidos fosse colocada em pauta para que se tenha finalmente o contrato de terceirização devidamente regulamentado e tipificado na legislação brasileira.

Enquanto isso não ocorre, tais problemas podem e devem ser enfrentados com um trabalho de avaliação de risco, planejamento e implementação de medidas preventivas e corretivas e/ou de monitoração quando a regularização for dificultada. Isso se traduz no desenvolvimento de um programa de *compliance* completo e com normas e políticas cobrindo todos os riscos mapeados, bem como o conhecimento das normas e políticas das empresas com as quais se mantém relações mais próximas, em especial os clientes de empresas de *outsourcing*. O mais importante, de todo modo, é o conhecimento do risco a que se está exposto.

7.2 O Problema da corrupção

Dentre todos os riscos que podem ser mapeados por uma detalhada avaliação de riscos feita para a implementação de um eficiente programa de *compliance*, a corrupção é, sem dúvida, o maior e mais preocupante de todos, não apenas por conta das pesadas multas impostas com a entrada em vigor da LAC ou pela possibilidade de prisão de envolvidos, mas pela degradação que pode provocar nos negócios da empresa envolvida. O dano à imagem é tamanho que pode ser irreversível e requerer o investimento de milhões ou até mais de um bilhão de euros como no caso da Siemens⁸⁴ para salvar a instituição.

Todo ano, a organização não governamental Transparência Internacional divulga um *ranking*⁸⁵ sobre corrupção mundial. Em dezembro de 2013, foi divulgada a relação, colocando em primeiro lugar como países menos corruptos de acordo

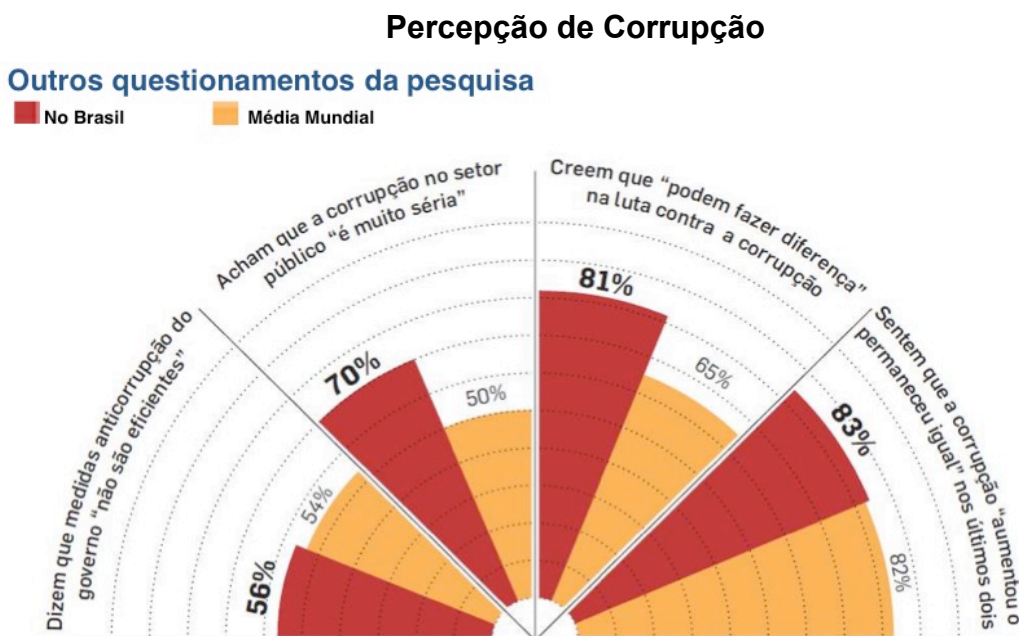
⁸⁴ DW. Escândalo de corrupção da Siemens atinge 1,3 bilhão de euros. Disponível em: <<http://www.dw.de/esc%C3%A2ndalo-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-na-siemens-atinge-13-bilh%C3%A3o-de-euros/a-2881659>>. Acesso em 24.12.2014.

⁸⁵ Estado de São Paulo. Ranking da Corrupção. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/ranking-da-corrupcao,78383.htm>>. Acesso em 26.06.2014.

com a percepção de sua população a Dinamarca e Nova Zelândia, empatadas, seguidas por Finlândia e Suécia.

Ainda que a avaliação não identifique realmente a corrupção existente já que sua medida é feita unicamente pela percepção da população, trata-se de uma informação relevante, pois se verifica uma coerência entre a implementação de novas leis e controles e a melhoria da pontuação, bem como o oposto, com piora dos países onde se verifica uma degradação de suas instituições.

O quadro abaixo apresenta outros aspectos da pesquisa feita anualmente, com dados também do Ibope, sempre usando a percepção da população e não dados concretos:

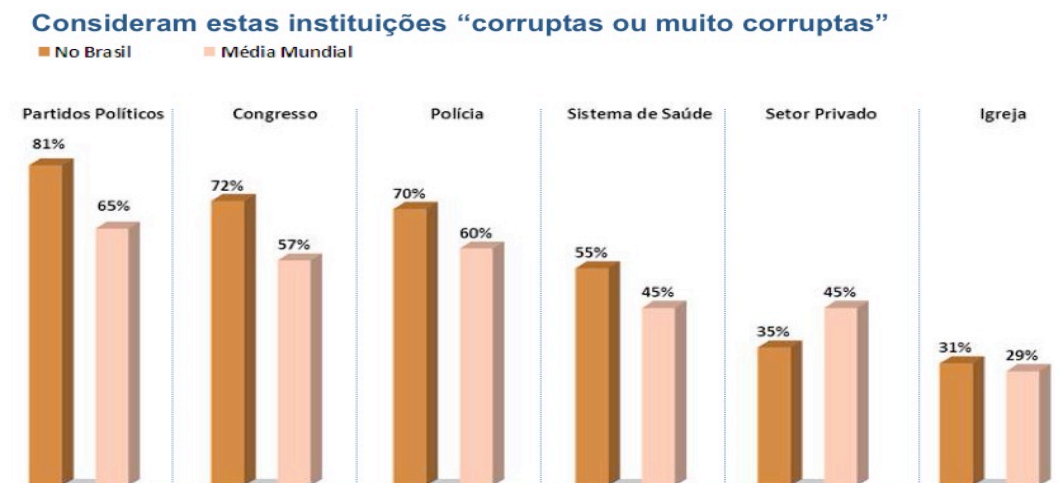


Fonte: Informe da Transparência Internacional elaborado a partir de pesquisa do Ibope . O Estado de S. Paulo , 9 / julho / 2013.

Já o quadro abaixo apresenta dados por setor:

Instituições e Corrupção por Setor

Instituições e Corrupção



Fonte: Informe da Transparência Internacional elaborado a partir de pesquisa do Ibope . O Estado de S. Paulo, 9 / julho / 2013.

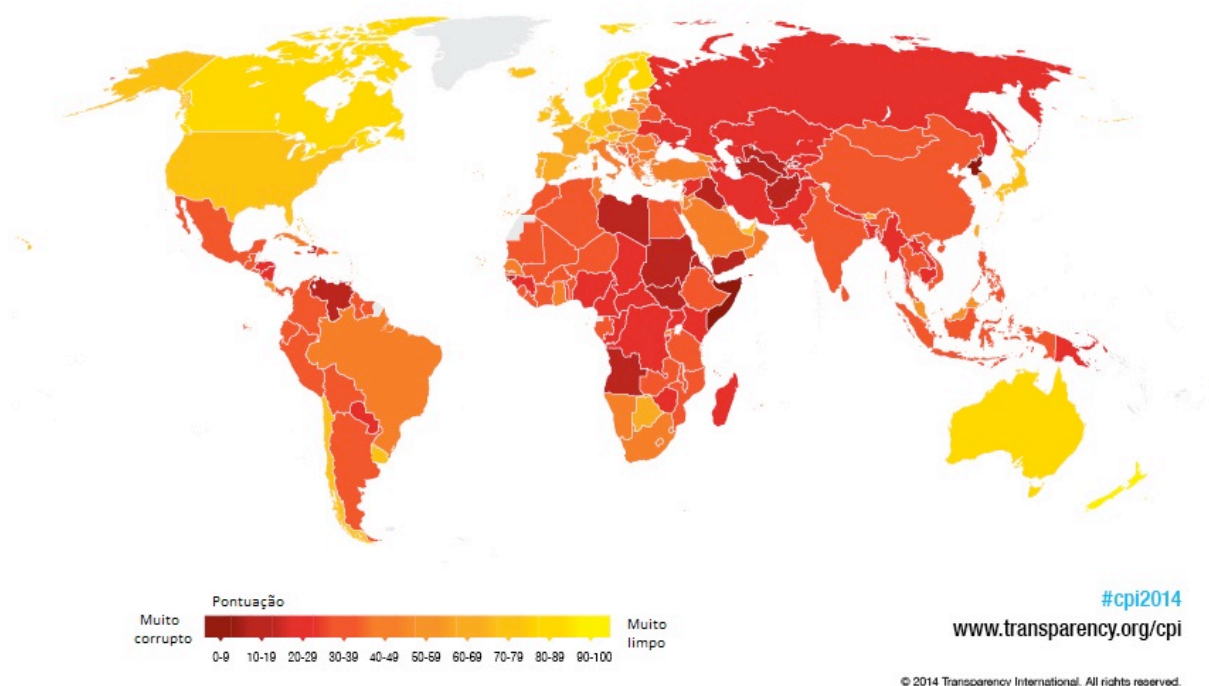
Trata-se de uma questão de alta relevância, pois a corrupção é responsável pela degradação de um dos principais elementos de uma economia capitalista, que é a livre concorrência. Esta, por certo, deve se dar de forma totalmente regular e em iguais condições aos competidores.

Por esse motivo, é crescente o número de normas visando o combate à corrupção e há diversos organismos internacionais tais como ONU, OEA e OCDE empenhados em criar um ambiente global para transações econômicas livres de corrupção.

7.2.1 A Corrupção no Brasil

O Brasil, por sua vez, vem mantendo os mesmos níveis de percepção ao longo dos últimos anos, tendo melhorado um ponto em 2014 em relação a 2013, dividindo a 69ª posição com mais seis países:

Ranking da Corrupção⁸⁶



A melhoria ainda não é relevante. Porém, com a entrada em vigor da nova Lei Anticorrupção e casos como o da AP 430, mais conhecida como Mensalão podem contribuir para que na próxima avaliação, o país esteja um pouco melhor colocado.

Alguns estudiosos como o saudoso jurista Raimundo Faoro, autor da obra "Os Donos do Poder", apontam como origem da corrupção no Brasil o período colonial, sendo o país herdeiro desse vício trazido pelos portugueses. Porém, mais de quinhentos anos se passaram e não é razoável seguir justificando problemas atuais com fatos ocorridos há tanto tempo. Pode-se concordar com a origem do problema mas não com o fato de ele ainda persistir. O país já poderia há muito ter resolvido essa questão, colocando-se em níveis mais saudáveis, como estão por exemplo Chile e Uruguai, também herdeiros da cultura ibérica.

⁸⁶ Estado de São Paulo. Brasil fica em 69ª no ranking de corrupção. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-fica-em-69-no-ranking-de-corrupcao,1601295>>.

A legislação atual limita a corrupção aos atos praticados envolvendo a administração pública. É necessário, portanto, a participação de um funcionário público. Apesar de haver projeto de lei em trâmite com o intuito de atender a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da qual o Brasil é signatário, atualmente, nosso ordenamento jurídico não prevê qualquer punição de caráter penal em casos de corrupção entre particulares.

No Brasil, a corrupção passiva, como se verá adiante, está prevista no artigo 317 do Código Penal, enquanto que a corrupção ativa encontra sua previsão no artigo 333 do mesmo documento legal.

7.2.2 Definição

Etimologicamente, corrupção deriva do latim, *corruptus*, e significa quebrado em pedaços.

Corrupção pode ser definida como ato ou efeito de corromper. É o oferecimento ou obtenção de vantagem indevida, beneficiando uma parte e prejudicando imediatamente outra. É a obtenção de benefícios por meio do poder que lhe foi atribuído.

A Organização das Nações Unidas, por meio do *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), órgão guardião da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção da qual o Brasil é signatário, assim discorre sobre o tema:

A corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo. Em diferentes contextos, a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política. A corrupção corrói as bases das instituições democráticas, distorcendo processos eleitorais, minando o Estado de Direito e deslegitimando a burocracia. Isso causa o afastamento de

investidores e desestimula a criação e o desenvolvimento de empresas no país, que não conseguem arcar com os "custos" da corrupção.

O conceito de corrupção é amplo, incluindo as práticas de suborno e de propina, a fraude, a apropriação indébita ou qualquer outro desvio de recursos por parte de um funcionário público. Além disso, pode envolver casos de nepotismo, extorsão, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais e a compra e venda de sentenças judiciais, entre diversas outras práticas.⁸⁷

Cabe à Controladoria Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, acompanhar a implementação da referida convenção.

No Brasil, não há previsão legal contra a corrupção praticada entre particulares, apenas aquela envolvendo agente público. Ainda que a corrupção praticada entre empresas privadas possa derivar em outros crimes como o de estelionato, bem como consequências previstas como ilícito civil ou envolvendo direito da concorrência ou trabalhista, é evidente que se faz necessária uma atualização da atual legislação para prever punições na esfera privada quanto aos atos de corrupção. nesse sentido, as discussões sobre o novo código penal avançam para incluir penas de um a quatro anos de prisão, além de multa, adequando a legislação brasileira à Convenção da ONU.

7.2.3 Tipos de corrupção

Estudos acadêmicos tipificam a corrupção em quatro tipos a saber:

⁸⁷ UNODC. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>>. Acesso em 26.08.2014.

a) Corrupção ativa

Consiste na oferta de vantagem, de diversas formas possíveis, que possa servir para afetar a decisão tomada pela Administração Pública. O desejo de ofertar a vantagem não deve partir do funcionário público ou se estaria diante da prática de concussão. Essa prática está prevista no artigo 333 do atual Código Penal.

b) Corrupção passiva

De acordo com o Código Penal, é o "ato de solicitar ou receber, para si ou para outros, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem."

Está assim previsto no artigo 317, devendo necessariamente envolver funcionário público, visto que está previsto no capítulo sobre os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração. O crime se configura apenas com o pedido, não sendo necessária a concordância daquele a quem solicita a vantagem.

c) Corrupção preditiva

Trata-se de uma modalidade em que os agentes políticos são corrompidos antes de assumirem um cargo público. Ocorre com bastante frequência envolvendo lobistas. Nesse tipo de corrupção, é comum o envolvimento de grupos econômicos com interesses específicos e ocorre com maior intensidade em vésperas de eleições, durante campanhas eleitorais.

Não raro, esses grupos econômicos acabam apoiando e oferecendo vantagens a mais de um candidato ou até mesmo a todos como forma de garantir que seus interesses sejam atendidos quando confirmado o resultado das eleições.

No Brasil, ainda não há previsão legal proibindo essa prática. Porém, a prática pode esbarrar em outros ilícitos penais ou civis.

d) Corrupção lateral

É como se denomina o aliciamento praticado por governantes em bancadas legislativas pra votação de projetos de seus interesses. Nessa modalidade, a prática envolve apenas agentes públicos, ocorrendo entre o poder executivo e o poder legislativo, podendo também ser ativa, se houver oferta de valores decorrentes de outras formas de corrupção, ou passiva, se a vantagem oferecida forem cargos públicos.

Da mesma forma que ocorre na corrupção peditiva, também não há previsão legal direta em relação a tais práticas, podendo, porém, configurar outros ilícitos.

7.2.4 Tipificação proposta

Para efeitos do tema ora debatido, a tipificação clássica ora apresentada parece pouco eficiente para se entender e qualificar o risco quando se está tratando de uma avaliação de risco para fins de elaboração de um programa de *compliance* eficiente. Assim, analisando a corrupção sob a perspectiva do monitoramento de um programa de *compliance*, ousa-se propor uma tipificação distinta:

a) Corrupção fisiológica

É aquela praticada pelos funcionários públicos de maneira geral, tendo-os como agentes desencadeadores da prática ilícita. É com frequência caracterizada por uma cultura estabelecida, uma prática reiterada e comum que se mantém pela

ausência de punição, falta de aplicação da legislação em vigor de forma rigorosa ou mesmo de leis suficientemente rígidas a ponto de desincentivar a prática ilícita.

Em muitos casos, a prática está tão enraizada que se deixa de enxergá-la como um ato ilícito. Em algumas juntas comerciais, por exemplo, não é incomum o pedido de "taxas de urgência" para se conseguir dar andamento a um procedimento administrativo dentro do prazo previsto. São os chamados pagamentos de facilitação.⁸⁸

Em certos países, não só o pagamento de valores para assessores é recomendável para se conseguir uma audiência com seus superiores como é inclusive esperado, dado o enraizamento cultural da prática.

No Brasil, em certas regiões do país, mesmo nos serviços que a Administração Pública terceiriza por meio de processos licitatórios, seus dirigentes se entendem no direito de nomear funcionários para os cargos que serão ocupados dentro da empresa vencedora do pregão e passam, assim, a usá-la como extensão da máquina pública para ampliar o "cabide de empregos".

O programa de *compliance*, identificando-se esse tipo de risco na avaliação aplicada, deve prever códigos de conduta específicos para fornecedores, órgãos públicos, entidades sindicais, de fiscalização e registro. É recomendável, por exemplo, prever que reuniões com esses órgãos sejam realizadas sempre com mais de um funcionário da empresa presente. Se possível, tais reuniões devem ser gravadas ou ao menos ter seu teor documentado. Quando for necessário receber representantes de tais órgãos nas dependências da empresa, a reunião deve evitar portas fechadas ou utilizar salas envidraçadas demonstrando aos demais colaboradores a transparência com a qual a empresa atua.

⁸⁸ SERASA EXPERIAN. Código de conduta dos fornecedores Serasa Experian. Disponível em: <<http://www.serasaexperian.com.br/portal-do-fornecedor/codigo-conduta-fornecedores.html>>. Acesso em 24.12.2014.

b) **Corrupção circunstancial**

É aquela praticada a partir de oportunidades que se colocam à frente dos colaboradores de uma empresa. Não é planejada, o funcionário corporativo apenas conclui que consegue obter vantagem para si ou para a companhia por meio de alguma interferência nas regras originalmente estabelecidas nas relações com clientes, públicos ou privados, e/ou fornecedores.

Ocorre, por exemplo, na cotação de preços para a contratação de um determinado produto ou serviço para a companhia. Se a empresa não possuir ferramentas de controle rígidas de seus procedimentos envolvendo valores, esse funcionário poderá alterar os valores originais e negociar com o fornecedor a repartição do "lucro", ou seja, do valor acrescido irregularmente.

Verifica-se o ato ilícito, da mesma forma, quando um funcionário, prestando serviços por uma empresa privada em um contrato público, libera informações confidenciais desse contrato para outros concorrentes na fase de renovação desse contrato pedindo, em troca, sua contratação em caso de uma dessas outras concorrentes ser adjudicada e homologada no processo licitatório.

Essas situações, quando verificado o risco de ocorrência, podem ser mitigadas, quando se trata de empresas de *outsourcing*, com a gestão direta da fornecedora a seus colaboradores alocados nas dependências do cliente. É necessário, como exigido em lei, que a gestão permaneça com a empregadora de fato, jamais permitindo ingerências do cliente, evitando-se, assim, também uma aproximação inadequada que possa gerar o risco de se transformar um funcionário da fornecedora em um "laranja"⁸⁹ da tomadora.

Internamente, devem-se implementar políticas de contratação de quaisquer tipos de fornecedores, centralizando esse trabalho em uma área específica e

evitando a possibilidade de que cada área possa fazer suas escolhas de forma independente. É recomendável a cotação de ao menos três fornecedores e exigir justificativas detalhadas sempre que não se optar pela de menor custo.

Os profissionais que atuam na área responsável pelas cotações também devem ser altamente monitorados, evitando-se a simulação de preços que lhe possa beneficiar, controlando a emissão de notas e a efetiva saída de caixa, garantindo que os valores sejam correspondentes.

c) **Corrupção corporativa**

A corrupção corporativa é, provavelmente, a forma mais grave dessa prática ilícita, pois além de demonstrar a corrosão da estrutura corporativa como um todo no que se refere à ética empresarial, expõe seus colaboradores a um julgamento da sociedade e, mais que isso, coloca os principais atores dos fatos que vieram à tona como verdadeiros protagonistas de um espetáculo no qual o que se espera ver é um final no qual a justiça seja feita, de forma dura, rigorosa e implacável.

Essa modalidade normalmente se verifica em corporações nas quais a prática é defendida, de forma não explícita, já nas altas esferas de direção. Não incomum, essas mesmas corporações se vestem de roupagem adequada ao mundo corporativo atual, com programas de *compliance* estruturados, governança corporativa regularmente implementada e até mesmo obedecendo todos os padrões nacionais e internacionais de contabilidade.

Por trás desse verniz, porém, escondem-se esquemas altamente elaborados para, como no conto de Maomé anteriormente exposto, manter a aparente moralidade enquanto se procuram vantagens e benefícios à organização ou a alguns de seus membros por meios heterodoxos.

⁸⁹ MUNDO EDUCAÇÃO. Os laranjas e as práticas ilícitas. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/curiosidades/os-laranjas-as-praticas-ilicitas.htm>>.

O problema, entretanto, não está no fato de se estar lutando contra uma corporação envolvida em corrupção. Fosse essa a questão, seria apenas mais uma dentre tantas. A questão realmente relevante aqui está no fato de se estar lidando com uma corporação corrupta, o que é bem diferente e infinitamente mais grave.

No caso de corporações envolvidas em algum tipo de corrupção, estas também são, em certa medida, vítimas das circunstâncias. Seu programa de *compliance* não conseguiu prever e evitar o ato ilícito mas a existência de tal programa pode e deve ser considerado como atenuante na aplicação de multas como já faz a FCPA.

Quando se trata de uma corporação corrupta, ao contrário, o problema está na raiz, na alta direção. O programa de *compliance*, ainda que existente, não seria suficiente para prevenir e evitar o ato de corrupção e torná-lo mais rigoroso faria pouca ou nenhuma diferença. A partir do momento em que o ato de corrupção vem à tona, tem início o teatro articulado pela alta cúpula para garantir com que os holofotes permaneçam focados nos personagens que atuaram diretamente na ação criminosa, procurando blindar-se e proteger a empresa ao máximo, fazendo a sociedade crer que tudo se originou naquele ou naqueles indivíduos, sem qualquer envolvimento das altas esferas da companhia.

O desejo da sociedade em ver a justiça sendo feita na forma de punição de um ou alguns indivíduos é tamanha que a maioria acaba colaborando para o espetáculo encenado que, hoje em dia, cada vez mais, possui enorme colaboração da mídia.

O resultado é que, na maioria das vezes, a corporação corrupta escapa do incidente da mesma forma que aquela apenas envolvida em corrupção, normalmente às custas da destruição completa de um ou alguns poucos executivos.

Para se analisar esse fenômeno sobre a perspectiva adequada, é necessário buscar entender melhor onde realmente surge a decisão de se praticar o ato de corrupção e de que forma ela de fato é executada.

Em 1963, a filósofa ou, como preferia ser chamada, teórica política, Hannah Arendt publica um artigo na revista americana *New Yorker* em 3 partes, posteriormente lançado em livro, intitulado *Eichmann em Jerusalém*⁹⁰. Nele, cunha a expressão Banalidade do Mal. Criando enorme polêmica e controvérsia, o texto defende que o acusado de executar o projeto de "Solução Final" contra os judeus, Adolf Eichmann, no momento em que recebeu tais ordens, que naquele momento haviam se convertido em lei pelo então Estado nazista, simplesmente as executou, cumprindo a lei como todo indivíduo que está sob determinado ordenamento jurídico deve fazê-lo.

Mais que isso, a filósofa defende que o acusado, naquele momento, deixou de ser o indivíduo "Eichmann" para passar a ser um mero instrumento da burocracia. Com o desejo de ascender profissionalmente ou, no caso, dentro dos quadros de hierarquia em que se encontrava, simplesmente executou as ordens que lhe foram dadas tal e como lhes fora determinado fazer.

Além, do mais, não se pode ignorar o fato de que a recusa na execução nas ordens então recebidas não era algo exatamente simples. Esses pontos ficam bastante claros no momento em que Eichmann discorre sobre o momento em que deixa de seguir os princípios de Immanuel Kant, conhecido pela "faculdade de juízo do homem, que elimina a obediência cega":

Depois de mais perguntas, acrescentou que lera a *Crítica da razão pura*, de Kant. E explicou que, a partir do momento em que foi encarregado de efetivar a Solução Final, deixara de viver segundo os princípios kantianos, que sabia disso e que se consolava com a ideia de que não era mais 'senhor de seus próprios atos', de que era incapaz de 'mudar qualquer coisa'. O que não referiu à corte foi que

'nesse período de crime legalizado pelo Estado', como ele mesmo disse, descartara a fórmula kantiana como algo não mais aplicável. Ele distorcera seu teor para: aja como se os princípios de suas ações fosse o mesmo do legislador ou da legislação local - ou, na formulação de Hans Frank para o 'imperativo categórico do Terceiro Reich', que Eichmann deve ter conhecido: 'Aja de tal modo que o Führer, se souber de sua atitude, a aprove'.⁹¹

Muito interessante também a explicação da filósofa para defender que, ainda que efetivamente não o fazendo, Eichmann de alguma forma seguia os princípios de Kant:

Kant, sem dúvida, jamais pretendeu dizer nada desse tipo; ao contrário, para ele todo homem é um legislador no momento em que começa a agir: usando essa 'razão prática' o homem encontra os princípios que poderiam e deveriam ser os princípios da lei. Mas é verdade que a distorção inconsciente de Eichmann está de acordo com aquilo que ele próprio chamou de versão de Kant 'para uso doméstico do homem comum'. No uso doméstico, tudo o que resta do espírito de Kant é a exigência de que o homem faça mais que obedecer à lei, que vá além do mero chamado da obediência e identifique sua própria vontade com o princípio que está por trás da lei - a fonte de onde brotou a lei. Na filosofia de Kant, essa fonte é a razão prática; no uso doméstico que Eichmann faz dele, seria a vontade do Führer. Grande parte do minucioso empenho na execução da Solução Final - um empenho que geralmente atinge o observador como tipicamente alemão, ou característico do perfeito burocrata - pode ser atribuída à estranha noção, efetivamente muito comum na Alemanha, de que ser respeitador das leis significa não apenas obedecer às leis, mas agir como se fôssemos os legisladores da lei que obedecemos. Daí a convicção de que é preciso ir além do chamado do dever.

⁹⁰ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

⁹¹ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 153.

Seja qual for o papel de Kant na formação da mentalidade do 'homem comum' da Alemanha, não existe a menor dúvida de que Eichmann efetivamente seguia os preceitos de Kant: uma lei era uma lei, não havia exceções.⁹²

Assim, como discutido anteriormente quando se falou nas questões éticas relacionadas ao bem e o mal, se faz necessária a prática e o costume do exercício das virtudes, pois, como defende Hannah Arendt, sempre que há um esvaziamento de pensamento, como teria ocorrido no caso Eichmann, ocorre a trivialização da violência, criando espaço para a instalação da banalidade do mal.

Aplicando a teoria defendida por Hannah Arendt à corrupção corporativa aqui discutida, pode-se claramente defender que, a partir do momento em que a decisão de praticar um ato de corrupção parte das altas esferas da corporação, o indivíduo que efetivamente a coloca em prática passa a ser mero executor burocrático daquela ordem. Para este, essa ordem passa a fazer parte das normas não escritas que toda companhia, em maior ou menor grau, possui.

Portanto, ignorá-la ou resistir ao cumprimento daquela ordem coloca o executivo em questão em clara desarmonia com os princípios defendidos pela corporação. Não à toa, tão essencial em qualquer programa de *compliance* o *Tone at the Top*, sem o qual qualquer profissional da área irá concordar que o programa estará fadado ao fracasso. Isso ocorre pelo simples fato de que o que acaba proliferando pela corporação, ainda que não explicitamente, é aquilo em que a alta cúpula realmente acredita.

Indo ainda mais além, não se pode ignorar que também para o executivo que se torna mero executor burocrático da ordem de praticar corrupção, o desejo de atender às expectativas da alta direção e, assim, garantir seu desenvolvimento profissional dentro da organização é um fator de extrema importância. Mais do que isso, o temor de não apenas colocar essa ascensão em risco mas, pior, ser obrigado

⁹² ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 153 e 154.

a sair do mercado de trabalho, sendo obrigado a encontrar alternativas para procurar manter seu padrão de vida, não pode, de forma alguma, ser desconsiderado. É um equívoco achar que o fantasma do desemprego é algo que assombra apenas os níveis mais baixos da hierarquia corporativa. Ao contrário, considerando uma situação econômica como a que vive o Brasil atualmente, com níveis de desemprego relativamente baixos, provavelmente seja mais difícil para um executivo encontrar uma posição equivalente com mais facilidade do que aqueles profissionais menos qualificados e/ou experientes, visto que as o número de posições disponíveis no mercado vai gradativamente se limitando à medida que se sobe na hierarquia.

Portanto, não apenas o fato de o executivo se tornar um mero instrumento burocrático na execução do ato corrupto e o anseio de garantir a ascensão profissional mas também o medo do desemprego colabora de forma decisiva para que o profissional prossiga com a ordem recebida.

Quando algo não ocorre como planejado e o ato de corrupção vem a público, a sociedade, por meio da mídia, é, de certo modo, responsável pela salvação da corporação, que também trabalha pela crucificação do executivo. Ou seja, enquanto a organização quer vê-lo como foco central do crime, como forma de tentar se blindar, colocando-se também como vítima, a sociedade, por sua vez, espera o espetáculo, à moda da Roma antiga. Assim, como os judeus esperavam a punição total e completa de Eichmann pelos horrores causados no Holocausto. O indivíduo, nesse caso, vira um mero canalizador dos anseios da sociedade por justiça e, por que não dizer, vingança.

A sociedade, nesse aspecto, é conivente com a realidade que se verifica na medida em que não apenas aceita o espetáculo que se desenrola como o incentiva e o alimenta com sua curiosidade e anseios para que a solução encontrada para o problema seja, de fato, aquela proposta. Ou seja, fazer o indivíduo que foi mero instrumento de execução de um esquema mais complexo responder de forma isolada como responsável exclusivo pelos crimes descobertos.

Nesse momento, voltamos à discussão inicial de Hebert Lowe Stukart, quando discorreremos sobre ética. O impulso agressivo atávico vem à tona, exigindo uma canalização da energia, o que se consegue por meio da vingança. Ou, mais civilizadamente, da justiça.

7.3 Propostas

Esse é o momento para se olhar para os problemas internos com senso crítico, mas de forma pragmática, buscando se fazer uma análise de riscos apropriada e, com ela, desenvolver um plano de ação para atacar o problema em seus pontos mais críticos.

Os mesmos problemas enfrentados pelas companhias num ambiente micro são, guardadas as devidas proporções, aqueles com os quais o país sofre. Assim, é necessário vontade política para atacar realmente o problema de forma objetiva e séria, sem vieses ideológicos ou partidários. O problema é comum a todos e não atinge apenas este ou aquele partido, camada da sociedade, estado ou região.

A mudança, porém, precisa partir dos próprios indivíduos. Enquanto a população sair às ruas gritando palavras de ordem por mudanças, atacando fatos sobre corrupção sobre os quais tomam conhecimento apenas sob um aspecto abordado pela mídia sem entender realmente todos os aspectos mas, em casa, seguir fazendo transferência de músicas e filmes sem o pagamento de direitos autorais, pirateando softwares protegidos, comprando CDs e DVDs ilegais, falsificando carteiras de estudante, ultrapassando o sinal vermelho, subornando policiais para evitar multas, estacionando em locais não permitidos como vagas para deficientes e idosos, entre outras inúmeras “pequenas” infrações, seguiremos convivendo com os mesmos problemas de ilicitudes generalizada em todos os setores da sociedade. E passeatas, xingamentos a autoridades e depredações de propriedades e bens privados não mudarão essa situação.

8 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a implementação do *compliance* dentro das empresas, em especial no momento em que o país aprova e passa a conviver com uma nova lei anticorrupção, mas, em particular, direcionando o estudo para as empresas de prestação de serviços terceirizados, também chamadas de empresas de outsourcing, procurando destacar dificuldades específicas dessas companhias, derivadas do fato de que seu produto depende essencialmente do fato humano, que é o elemento central do *compliance*.

Inicialmente, traçou-se um panorama no qual tais empresas estão inseridos, atuando numa economia baseada no sistema capitalista que tem a lucratividade como uma de suas principais finalidades. Em seguida, buscou-se discutir um pouco sobre a responsabilidade social e governança corporativa, de onde se originam muitos dos aspectos que hoje são trabalhados dentro da área de *compliance*.

Posteriormente, passou-se a uma análise quanto aos aspectos da terceirização, a falta de uma legislação específica no Brasil sobre o assunto e a proposta que se encontra em trâmite mais avançado no poder legislativo para uma lei que venha finalmente regulamentar a prática já tão comum e consolidada no país, visto que é bastante usual em todo o mundo.

Em seguida, analisou-se a ética, da qual decorrem muitos dos princípios aplicados na área de *compliance* e com a qual este caminha em conjunto na elaboração e revisão de todas as normas e políticas internas.

Então, passou-se a discussão do *compliance* propriamente dito, primeiramente de forma geral e não apenas limitado ao Brasil, em seguida as características nacionais, a nova lei anticorrupção e outras normas relevantes. Seguiu-se, assim, ao *compliance* aplicado às empresas de *outsourcing*, buscando

entender as dificuldades específicas e propor soluções de atuação na implementação e gestão de um programa eficiente.

A relação do tema discutido com o curso de Direito dos Contratos foi identificada e detalhada, discorrendo-se sobre os principais institutos da nova teoria contratual, quais sejam a função social do contrato, autonomia da vontade e boa-fé objetiva. Buscou-se, com isso, deixar clara a total relação que tais princípios possuem em relação ao *compliance*, inclusive aplicáveis aos contratos de *outsourcing*.

Por fim, discutiu-se o cenário atual em relação à corrupção no Brasil e no mundo, suas origens e propostas de atuação frente a esse problema. Numa abordagem da corrupção sob a perspectiva do *compliance*, foi proposta uma nova tipificação, com atenção especial para aquilo que se denominou corrupção corporativa e o espetáculo midiático incentivado pela sociedade sempre que um caso novo surge, tornando-nos, de certa forma, responsáveis e coniventes com manutenção do *status quo* e tornando mais lenta a moralização do ambiente corporativo. A mudança que se busca é possível mas requer a vontade e colaboração de cada um dos indivíduos membros da sociedade.

Ao longo do texto, procurou-se apresentar propostas para as limitações, problemas e dificuldades encontradas. Sugeriram-se propostas de textos de cláusulas contratuais e termos adendos aos contratos de *outsourcing* com o intuito sempre de minimizar ou eliminar os riscos à manutenção do contrato.

Também procurou-se identificar os principais riscos que podem ser encontrados nos resultados de uma avaliação de riscos devidamente aplicada em uma empresa de *outsourcing* e, com isso, apresentaram-se propostas de normas a serem elaboradas, ferramentas aplicáveis, procedimentos que merecem implementação, estruturas de áreas internas, tudo com o objetivo final de eliminar ou ao menos mitigar os riscos identificados.

O desejo de se ver os contratos de terceirização sendo regulamentados e tipificados fica evidente, pois seria, sem dúvida, uma das formas de se corrigir alguns dos problemas discutidos e minimizar os riscos mais evidentes e relacionados a essa forma de contratação. Porém, a ausência até o momento de tal normatização não pode, de forma alguma, se tornar em um impedimento para que as empresas tomem a iniciativa para implementar as medidas que já se podem implementar desde já.

A atuação de uma empresa que se pretenda solidificar no mercado deve ser pautada em resultados não imediatos mas a médio e longo prazos. A formação de preços de um contrato, seja para uma concorrência privada, seja quando participa de processos licitatórios, precisa considerar não apenas quanto esse contrato terá de lucro utilizando-se de determinado tipo de mão-de-obra e níveis salariais. É essencial que leve em conta uma detalhada avaliação dos riscos que esse contrato pode envolver, buscar mensurá-lo financeiramente e, apenas assim, fechar o preço final.

Ignorar essa fase de análise de riscos demonstra ou uma gestão totalmente ineficiente e temerária, incapaz de uma visão global do negócio, ou que essa gestão está subordinada e é vítima de uma área comercial unicamente interessada em sua bonificação periódica, normalmente vinculada ao êxito na celebração de novos contratos. Não raro, inclusive os CEOs fazem parte desse círculo vicioso, com recebimento de bônus consideráveis com periodicidade anual, que, porém, acabam agindo como parasitas, levando a empresa a uma situação econômica perigosa, com contratos deficitários, volume crescente de contingência e altos níveis de endividamento.

Conseguir alocar os gastos decorrentes das contingências geradas pela materialização dos riscos de cada contrato em seus respectivos centros de custo é uma excelente forma de se começar a lutar contra essa prática temerária e reverter o círculo vicioso, obrigando a área comercial a pensar preventivamente desde o momento da formação de preços de seus novos contratos.

Pelas análises apresentadas, verifica-se que, apesar das dificuldades encontradas, é possível conciliar a atuação num sistema capitalista buscando sempre a otimização dos custos e eficiência dos negócios com o intuito de atingir melhores margens de lucro sem deixar de lado os aspectos de *compliance*. Muito pelo contrário, conforme foi exposto, eles são e serão cada vez mais essenciais para garantir que tais resultados que se busca atingir sejam não apenas satisfatórios mas também sustentáveis a médio e longo prazo.

O *compliance* já é uma realidade no mundo e cada vez mais também no Brasil. Ficará consideravelmente mais difícil ignorar a necessidade de sua aplicação, não importando o porte da empresa, visto que não se atua sozinho dentro de um sistema capitalista e essa interdependência será suficiente para, cedo ou tarde, envolver todos numa cultura de *compliance* nacional e global.

ANEXO I

PROJETO DE LEI Nº 4330 DE 2004 (Do Sr. Sandro Mabel)

Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço.

Parágrafo único. Aplica-se subsidiariamente ao contrato de que trata esta Lei o disposto no Código Civil, em especial os art. 421 a 480 e 593 a 609.

Art. 2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 3º São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

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

a) empresas com até dez empregados: capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados: capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados: capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados: capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados: capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

§ 1º Convenção ou acordo coletivo de trabalho podem exigir a imobilização do capital social em até cinquenta por cento dos valores previstos no inciso III deste artigo.

§ 2º O valor do capital social de que trata o inciso III deste artigo será reajustado:

I – no mês de publicação desta lei, pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verificada de novembro de 2004, inclusive, ao mês imediatamente anterior ao do início de vigência desta lei;

II – anualmente, a partir do ano subsequente ao do reajuste mencionado no inciso anterior, no mês correspondente ao da publicação desta lei, pela variação acumulada do INPC nos doze meses imediatamente anteriores.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

Art. 5º São permitidas sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras de serviços a terceiros, que prestem serviços à mesma contratante de forma consecutiva.

Art. 6º Os serviços contratados podem ser executados no estabelecimento da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

Art. 7º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança e saúde dos trabalhadores, enquanto estes estiverem a seu serviço e em suas dependências, ou em local por ela designado.

Art. 8º Quando o empregado for encarregado de serviço para o qual seja necessário treinamento específico, a contratante deverá:

I – exigir da empresa prestadora de serviços a terceiros certificado de capacitação do trabalhador para a execução do serviço; ou

II – fornecer o treinamento adequado, somente após o qual poderá ser o trabalhador colocado em serviço.

Art. 9º A contratante pode estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços a terceiros benefícios oferecidos aos seus empregados, tais como atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existentes nas dependências da contratante ou local por ela designado.

Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

Parágrafo único. Na ação regressiva de que trata o caput, além do ressarcimento do valor pago ao trabalhador e das despesas processuais, acrescidos de juros e correção monetária, é devida indenização em valor equivalente à importância paga ao trabalhador.

Art. 11. A empresa prestadora de serviços a terceiros, que subcontratar outra empresa para a execução do serviço, é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada.

Art. 12. Nos contratos de prestação de serviços a terceiros em que a contratante for a Administração Pública, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é regulada pelo art. 71 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 13. O recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos trabalhadores contratados para a prestação de serviços a terceiros observa o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 14. O contrato de prestação de serviços a terceiros deve conter, além das cláusulas inerentes a qualquer contrato:

I – a especificação do serviço a ser prestado;

II – o prazo para realização do serviço, quando for o caso;

III – a obrigatoriedade de apresentação periódica, pela empresa prestadora de serviços a terceiros, dos comprovantes de cumprimento das obrigações trabalhistas pelas quais a contratante é subsidiariamente responsável.

Art. 15. O recolhimento da contribuição sindical prevista nos arts. 578 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) deve ser feito ao sindicato representante da categoria profissional correspondente à atividade exercida pelo trabalhador na empresa contratante.

§ 1º A contribuição sindical devida pelo trabalhador de empresa de prestação de serviços a terceiros, contratado para o cumprimento do contrato de que trata esta Lei, é proporcional ao período em que foi colocado à disposição da empresa contratante e consiste na importância correspondente a um doze avos da remuneração de um dia de trabalho por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias.

§ 2º Não é devida a contribuição pelo trabalhador se este já houver pago, no mesmo ano, a título de contribuição sindical, importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, nos termos do art. 582 da CLT.

Art. 16. O disposto nesta Lei não se aplica:

I – à prestação de serviços de natureza doméstica, assim entendida aquela fornecida à pessoa física ou à família no âmbito residencial destas;

II – às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial.

Art. 17. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa administrativa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, salvo se já houver previsão legal de multa específica para a infração verificada.

§ 1º A fiscalização, a autuação e o processo de imposição de multas reger-se-ão pelo Título VII da CLT.

§ 2º As partes ficam anistiadas das penalidades não compatíveis com esta Lei, impostas com base na legislação anterior.

Art. 18. Os contratos em vigência serão adequados aos termos desta Lei no prazo de cento e vinte dias a partir da vigência.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor trinta dias após a publicação.⁹³

⁹³ BRASIL. PL 4330 de 26 de Outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em 25.06.2014.

ANEXO II

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

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

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

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

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

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

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

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

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

CAPÍTULO II

DOS ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NACIONAL OU ESTRANGEIRA

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

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

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

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

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

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

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

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - 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; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

§ 6º (VETADO).

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - 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;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

CAPÍTULO IV

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Art. 9º Competem à Controladoria-Geral da União - CGU a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira, observado o disposto no Artigo 4 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000.

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios

sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3o poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

CAPÍTULO V

DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

CAPÍTULO VI

DA RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL

Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

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

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

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

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

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

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

§ 2º (VETADO).

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

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

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.

Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:

I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II - tipo de sanção; e

III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos

às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.

§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.

§ 2º A pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil.

Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 31. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 1º de agosto de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luís Inácio Lucena Adams

Jorge Hage Sobrinho⁹⁴

⁹⁴ BRASIL. Lei 12.846/2013 de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 25 junho 2014.

ANEXO III

Proposta de Declaração de Vínculo Familiar

Declaramos que os acionistas, diretores, empregados e membros do conselho de administração de (razão social do fornecedor) não possuem nenhum tipo de vínculo de família com quaisquer funcionários da (contratante) e que não são ex-funcionários da (contratante).

Declaramos que (nome do acionista, diretor, empregado ou membro do conselho de administração), atualmente o (cargo ou posição do acionista, diretor, empregado ou membro do conselho de administração), de (razão social do fornecedor) possui o seguinte vínculo de família com funcionários da (contratante): (relacionar)

Declaramos que (nome do acionista, diretor, empregado ou membro do conselho de administração), atualmente o (cargo ou posição do acionista, diretor, empregado ou membro do conselho de administração), de (razão social do parceiro/fornecedor) é ex-funcionário de (subsidiária local do país).

ANEXO IV

Proposta de Declaração de Vínculo com o Governo

Declaramos que os acionistas, diretores e membros do conselho de administração de (razão social do fornecedor) não trabalham ou prestam serviços para órgãos do governo, nem possuem nenhum vínculo de família com empregados que trabalham ou prestam serviços para órgãos do governo, ou outras companhias que tem como proprietário ou são controladas por órgãos de governo.

Declaramos que (nome do acionista, diretor ou membro do conselho de administração), atualmente o (cargo ou posição do acionista, diretor ou membro do conselho de administração), de (razão social do fornecedor) é um empregado ou presta serviços para o(s) seguinte(s) órgão (s) de governo ou outras companhias que tem como proprietário ou são controladas por órgãos de governo: (lista)

Declaramos que (nome do acionista, diretor ou membro do conselho de administração), atualmente o (cargo ou posição do acionista, diretor ou membro do conselho de administração), de (razão social do fornecedor) possui o seguinte vínculo de família com empregados que trabalham ou prestam serviços para órgãos do governo, ou outras companhias que têm como proprietário ou são controladas por órgãos de governo: (lista)

ANEXO V

Proposta de Declaração sobre a Lei Anticorrupção

O Fornecedor compreende o disposto na FCPA, no UKBA, bem como as demais leis locais anticorrupção. Declara que cumpre integralmente com tais leis a elas se estivesse sujeita, bem como as leis anticorrupção locais, e não tomará qualquer ação que resulte em violação de tais leis.

O Fornecedor declara que não autorizou, ofereceu ou realizou quaisquer pagamentos em dinheiro ou em qualquer meio de valor, direta ou indiretamente, a qualquer representante do governo, partido ou representante de partido político, candidato a cargo público, ou funcionário de um cliente comercial ou fornecedor do setor privado com o propósito de (a) influenciar quaisquer atos, omissões, decisões ou descumprimento por parte de representante do governo, cliente comercial ou fornecedor em sua capacidade oficial; (b) induzir tal representante do governo, cliente comercial ou fornecedor a usar sua influência para alterar qualquer ato ou decisão de um governo, cliente comercial ou fornecedor; ou (c) garantir vantagem imprópria de forma a obter, reter ou direcionar negócios, ou outros benefícios, e não participará de tais ações.

O Fornecedor declara que não prometeu, ofereceu ou realizou pagamentos em dinheiro ou qualquer outra forma de valor direta ou indiretamente para qualquer empregado, director, parceiro ou representante de qualquer empresa do setor privado e não solicitou ou concordou em aceitar pagamentos ilegais de qualquer outra empresa do setor público ou privado de modo a obter, reter ou direcionar negócios.

O Fornecedor concorda em documentar detalhadamente todas as transações relacionadas a qualquer contrato existente com a (contratante) em seus livros, registros, declarações e em relatórios ou demais documentos apresentados à (contratante).

O Conselho de Administração e/ou a Diretoria do Fornecedor terão o poder de tomar as medidas necessárias e apropriadas de forma a garantir o cumprimento com o FCPA, UKBA e as leis locais de anticorrupção aplicáveis.

O Fornecedor concorda que qualquer violação destas declarações constitui justa causa para a rescisão imediata pela (contratante), sem qualquer responsabilidade, de qualquer relação contratual existente entre ambas.

ANEXO VI

ACÓRDÃO

2ª Turma

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (violação aos artigos 5º, XXXV, 515,§ 1º, do CPC e 832 da CLT). Há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC. O Colegiado examinou e fundamentou, em profundidade e extensão, toda a matéria que lhe foi devolvida, não havendo que se falar em negativa da prestação jurisdicional, mesmo porque o acórdão afastou, expressamente, a aplicação dos dispositivos legais invocados pelo embargante. Recurso de revista não conhecido.

PROCESSO DE SELEÇÃO - PESQUISA SOBRE A CONDUTA PESSOAL DO CANDIDATO (violação aos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei nº 9.029/1995). Não demonstrada violação à literalidade de preceito constitucional ou de dispositivo de lei federal, não há de se determinar o seguimento do recurso de revista com fundamento na alínea "c" do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-38100-27.2003.5.20.0005, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO e Recorrido G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.

O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, mediante o acórdão de fls. 243/250, rejeitou a preliminar de incompetência absoluta, e, no mérito, ainda por maioria, deu provimento ao apelo para julgar a presente Ação Civil Pública improcedente, invertendo os ônus da sucumbência para propiciar à empresa ré a reversão ao seu patrimônio dos valores relativos às custas processuais e depósito prévio. Opostos

embargos de declaração pelo Ministério Público do Trabalho (fls. 255/261), negou-se provimento ao recurso por meio do acórdão de fls. 266/270.

Inconformado, o Ministério Público do Trabalho interpõe recurso de revista às fls. 274/289. Postula a reforma do decidido quanto aos seguintes temas: 1) nulidade do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, por violação dos artigos 5º, XXXV, da CF/88, 832, da CLT, e 515, § 1º, do CPC; 2) Processo de seleção - pesquisa sobre a conduta pessoal do candidato, por violação aos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei nº 9.029/1995.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 291/294.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 296/306.

É o relatório.

V O T O

Recurso tempestivo (intimação do autor, por meio de sua procuradora, em 26/08/2005 (fls. 272) e recurso de revista protocolizado às fls. 274, em 09/09/2005, considerando-se o prazo em dobro para recorrer, sendo desnecessária a juntada de procuração e o preparo, cabível e adequado, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

1 - DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NULIDADE DO ACÓRDÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIMENTO

O recorrente alegou que o acórdão recorrido deve ser declarado nulo por negativa de prestação jurisdicional, "visto que não se manifestou expressamente sobre tese agitada pelo Ministério Público do Trabalho, qual seja, os incisos dos artigos 1º, 3º e 5º, da Constituição Federal, e citados na exordial...". Apontou violação aos artigos 5º, XXXV, da CF/88, 832, da CLT e 515, § 1º, do CPC. O TRT da 20ª Região decidiu a controvérsia pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 267/270):

"PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DESTA JUSTIÇA DO TRABALHO - DA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL. Vencido na preliminar transcrevo aqui os fundamentos constantes do voto prevalente do Exmo. Sr. Juiz Relator, do seguinte teor: ' Suscita a recorrente a prefacial em epígrafe, aduzindo que faleceria competência a esta Justiça Especializada para decidir, em sede de Ação Civil Pública, acerca da controvérsia existente quanto ao processo de seleção e recrutamento desenvolvido pela mesma. Argumenta, com base no art. 114 da Constituição Federal, que a Justiça do Trabalho não apresenta competência para apreciar e julgar matéria anterior à celebração do contrato de trabalho. O cerne da questão seria aferir se a prática da empresa-ré ao eliminar os candidatos a serem admitidos que tiverem os seus nomes inscritos no SPC ou no SERASA, bem como os que possuem pendências judiciais ou perante a polícia, revelar-se-ia ou não como forma de discriminação. Com o advento da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, houve uma significativa ampliação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as relações de trabalho e não apenas os litígios decorrentes das relações de emprego. Reconhece-se a sua competência para julgar toda e qualquer relação de trabalho, caracterizada em razão da natureza pessoal de que se reveste, apresentando-se em um dos pólos da relação o trabalhador, ainda que não exista um contrato de trabalho. Extrai-se, portanto, que todo conflito decorrente de uma relação de trabalho, quer seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual é da competência do judiciário trabalhista. A exegese que se impõe do novel art. 114 da Constituição Federal é no sentido de que é manifesta a competência da Justiça do Trabalho para ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho em defesa da ordem jurídica trabalhista, visando a tutela dos direitos meta individuais, *in casu*, nos interesses difusos dos cidadãos interessados no acesso aos empregos oferecidos pela empresa. A despeito de já ter adotado entendimento pela incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias decorrentes da fase pré-contratual, consoante acórdão nº. 2415/2003, referente ao RO-01162-2002-002-20-00-9 e outros julgamentos deste Regional, reposiciono-me no sentido de reconhecer a sua competência em razão da matéria para dirimir o caso em apreço. Rejeito a prefacial em tela'.

MÉRITO

PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA E DANO MORAL COLETIVO - Insurge-se a recorrente contra a decisão de primeiro grau que a condenou na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de realizar pesquisa junto a entidades de proteção ao crédito e a órgãos policiais e do Poder Judiciário, com a finalidade de subsidiar processo de seleção para contratação de empregados, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por cada consulta realizada e, ainda, a pagar indenização de R\$ 200.000,00 a título de dano moral coletivo. Alega que o comportamento adotado pela empresa não se classifica como discriminação, já que não se identifica com as hipóteses previstas no art. 5º da Constituição Federal, tampouco na Lei nº 9.029/95, que trata da diferenciação das pessoas em função de sua condição pessoal. Assevera que o critério utilizado pela empresa leva em consideração a conduta do indivíduo, justificável pela natureza do cargo a ser ocupado, não se caracterizando discriminação de cunho pessoal, esta sim, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio. Por fim, sustenta a inexistência de dano moral coletivo, ante a ausência de nexo de causalidade e repercussão na sociedade, contrapondo-se ao valor da indenização sob argumento de ausência de critério seguro para sua fixação. Considero que toda razão acompanha a recorrente. Em primeiro lugar, a leitura dos dispositivos legais invocados pelas partes leva a concluir-se que a discriminação vedada pelo legislador é aquela decorrente de condição pessoal (sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade), vale dizer - discriminação por preconceito, e não de conduta pessoal (maneira de procedimento do indivíduo em suas relações interpessoais no seio da sociedade). Em segundo lugar, é de se observar que qualquer processo seletivo, seja na administração pública ou privada, sustenta-se exatamente na discriminação (separação e escolha), método pelo qual se apura a diferenciação de qualificação (técnica ou científica) para o cargo e de conduta pessoal (vida pregressa), além das condições de saúde dos candidatos, sendo conveniente ressaltar que a variável *conduta pessoal* não tem, nem precisa ter qualquer correlação lógica com as atividades a serem desenvolvidas. Vale dizer - selecionar significa exatamente *apurar diferenças, separar e escolher (discriminar)*. Logo, em um universo de pessoas ou coisas iguais não pode haver processo

seletivo. A invocação, pelo autor, da norma cristalizada no art. 5º da Constituição Federal, não impressiona, porque o legislador constituinte ao deixar consignado que - *todos são iguais perante a lei*, garante apenas que a lei terá sempre caráter geral, atingindo de maneira uniforme toda a coletividade. Isso não significa dizer que *todos são iguais entre si*. O princípio da igualdade nas relações interpessoais, deve ser interpretado levando-se em conta a situação em que cada um se encontra, conforme pensamento do filósofo grego Aristóteles, adotado por Duguit e divulgado no Brasil pelo inesquecível Rui Barbosa, segundo o qual - *'A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real'*. A Lei nº 9.029/95, também não se presta para sustentar a pretensão do autor, eis que, assim como o texto constitucional, em seu art. 1º, proíbe tão somente - *a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (...)*, corroborando plenamente o entendimento que a discriminação vedada por lei é aquela decorrente da condição da pessoa e não da conduta da pessoa, enumerando taxativamente as condições pessoais que não podem servir de base discriminatória, isto é, os motivos que não podem ser levados em consideração como diferenciadores em um processo seletivo. Elucidativa, neste sentido, é a lição de Emmanuel Teófilo Furtado, mestre e doutor em direito, Juiz do Trabalho Titular da 11ª Vara do Trabalho de Fortaleza, *in* Isonomia à Luz da Constituição e das Leis e o Trabalho da Mulher, Revista LTR, out/2004, p. 1188/1189, do seguinte teor:

'Mas há que se esclarecer que, se por um lado a primeira idéia que vem à baila é a de que o legislador lançou o seu manto protetor sobre todo e qualquer tipo de discriminação, por outro ficou evidente que os tipos de discriminação que não hão de ser tolerados são, de forma enumerativa, e não exemplificativa, as tangentes a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. A expressão qualquer se refere, pois, às formas, meios e métodos por meio dos quais venham a se consumir discriminações envolvendo as razões enumerativas (*numerus clausus*)

estampadas no texto legal, a saber, enfatize-se, discriminações quanto ao sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, e nada mais'.

A prática adota pela empresa não se identifica com as hipóteses de discriminação preconceituosa enumeradas e vedadas pelo legislador, assim como com elas também não se identificam, no âmbito da administração pública, as exigências inseridas no processo seletivo para o próprio Ministério Público do Trabalho, no qual se observa rígida perquirição sobre a conduta (vida pregressa) do candidato, nos seguintes tópicos:

'(.....)

VIII - DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA.

Art. 40 - A inscrição definitiva deverá ser requerida, ao Presidente da Comissão Examinadora, pelo candidato, e entregue às Comissões de Execução e Fiscalização, nos Estados e no Distrito Federal, que a remeterá à Secretaria de Concurso, contendo os seguintes elementos de instrução:

(.....)

V - Declarações acerca da idoneidade do candidato, firmadas por membros do Ministério Público, magistrados, professores universitários, dirigentes de órgãos da administração pública ou de advogados, no total de 3 (três);

VI - Certidões cíveis e criminais dos setores de distribuição dos lugares em que tenha residido nos últimos 5 (cinco) anos, das Justiças Federal, Estadual, Eleitoral e Militar;

VII - *Curriculum Vitae* do candidato, com indicação de todos os locais de seu domicílio nos últimos cinco anos, mencionando os cargos ou empregos exercidos

neste período, com os nomes e endereços das autoridades ou empregadores com os quais manteve vínculo;

VIII - Certidão negativa da OAB, esclarecendo que o candidato nunca foi punido pela entidade (se o candidato for ou tiver sido inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil);

IX - Declaração do órgão público a que esteja vinculado, se for o caso, registrando que o candidato nunca sofreu punição;

(.....)

Art. 41 - Na conversão em caráter definitivo da inscrição, o Presidente da Comissão Examinadora poderá promover as diligências que se fizerem necessárias sobre a vida pregressa do candidato, colher elementos informativos junto a quem os possa fornecer e convocar o candidato para ser ouvido, assegurando-se a tudo tramitação reservada, correndo por conta do candidato as despesas de viagem, de alimentação e de estada.' (grifei) - EDITAL DO XI CONCURSO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

A própria Constituição Federal de 1988 nos dá exemplos literais de discriminação das pessoas quanto ao cabedal técnico-científico (qualificação) e reputação (conduta social) para acesso ao Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, servindo de exemplo a norma do art. 101, que tem a seguinte redação: 'O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada'. (grifei). **Aqui, como se vê, de imediato discrimina-se (afasta-se do universo dos possíveis indicados) aqueles cidadãos que não são considerados portadores de notável saber jurídico (qualificação técnico-científica para o cargo) e reputação ilibada (conduta pessoal inatacável).**

Obviamente que tais exigências não são preconceituosas e se justificam na dignidade e magnitude dos cargos a serem ocupados. Mas, nem por isso deixam de ser discriminatórias. Do trabalhador comum não se há de exigir notável qualificação técnica ou reputação ilibada, mas, não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade.

Por outro lado, os serviços de proteção ao crédito (SPC e SERASA), assim como os registros policiais e judiciais existem exatamente para serem consultados pelos interessados e as consultas formuladas não representam invasão da intimidade ou da vida privada.

Intimidade ou vida privada são enunciados do pensamento que traduzem a mesma realidade, isto é, *o caráter do que é íntimo, secreto, interior e profundo no próprio ser ou no recesso do seu lar*. Portanto, **no momento em que qualquer fato pertinente à conduta do cidadão encontra-se legalmente anotado por terceiro em registro do SPC, SERASA, órgão policial ou judicial, deixa tal fato de pertencer à sua intimidade ou vida privada. Se invasão de privacidade ou intimidade houve, foi perpetrada por quem procedeu à anotação e não por aquele que dela tomou conhecimento.**

Finalmente, é de se observar que **a única coletividade pretensamente prejudicada pela pesquisa empresarial seria a daqueles que, desviando-se da conduta normal exigida pela coletividade maior (sociedade brasileira), deixam de cumprir as suas obrigações contratuais ou cometem algum crime**. Nesse passo, não há falar em cometimento de dano moral à coletividade dos trabalhadores, quando a empresa em seu processo seletivo afasta aqueles de conduta duvidosa, a menos que se entenda serem os trabalhadores brasileiros descumpridores de suas obrigações ou que estejam normalmente envolvidos em inquéritos policiais ou processos judiciais.

Data vênia, parece-me desproposital que o D. Ministério Público pretenda ver a empresa condenada no pagamento de indenização por dano moral decorrente de alegada ofensa à coletividade dos maus pagadores, que não cuida de manter-se dentro dos parâmetros da vida em sociedade.

A inadimplência onera os preços dos produtos, sendo certo que em toda compra parcelada (crediário) ou mesmo nos empréstimos bancários, acrescenta-se ao valor real, além dos juros e taxas, também um percentual variável a título de risco de inadimplência. Conclui-se, portanto, que toda a coletividade termina onerada pelo inadimplente, sendo certo que, sob esse aspecto, não se lhe há de dar tratamento igualitário.

Quem assume dívidas além de sua capacidade de pagamento e, por isso mesmo, descumpre o contrato e tem o seu nome inscrito no rol dos maus pagadores pelos serviços de proteção ao crédito SPC ou SERASA (esta controlada pelo próprio Banco Central) não pode sentir-se ultrajado ou invadido em sua intimidade nem pretender indenização por dano moral (diga-se moral da qual não cuidou devidamente), quando tal fato é levado em consideração em um processo seletivo.

Vencido na preliminar conheço do recurso e, no mérito dou-lhe provimento para julgar a presente Ação Civil Pública improcedente, invertendo os ônus da sucumbência para propiciar à empresa ré a reversão ao seu patrimônio dos valores relativos às custas processuais e depósito prévio." (sem destaques no original) Dessa decisão, o Ministério Público do Trabalho opôs embargos de declaração (fls. 255/261), onde se requereu, sob o título "DA MATÉRIA A SER PREQUESTIONADA", a manifestação do Tribunal Regional a respeito dos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88 e 1º, da Lei nº 9.029/95. O TRT da 20ª Região negou provimento aos embargos de declaração pelos seguintes fundamentos. *In verbis* (fls. 266/270):

"Pretende o Embargante ver expressamente prequestionada violação dos artigos 1º,

inciso III, 3º, inciso IV, 5º, inciso X, da Constituição Federal, e 1º da Lei nº 9.029/95. Requer ainda que esta Corte declare expressamente quais os incisos dos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal fundamentam sua decisão. Alega que, ao dizer que a proibição de discriminação não atinge os aspectos relativos à conduta pessoal, a decisão viola a Constituição da República e a lei, considerando legítimas discriminações decorrentes de opção político-partidária, político-ideológica e orientação sexual, por exemplo, não relacionadas à condição pessoal. No que se refere aos mecanismos utilizados pela Administração Pública na seleção de pessoal para desempenho de funções na administração, observa que a pesquisa é feita em prol do interesse público e não na defesa do interesse privado do empregador, violando a decisão o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Aduz que, ao dizer que o legislador enumerou taxativamente os motivos que não podem ser levados em consideração como diferenciadores em um processo seletivo, violou o inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, que veda quaisquer formas de discriminação. Sustenta que se trata de matéria relativa, não podendo ser previstas todas as formas de discriminação, sob pena de violação ao inciso III do art. 1º da Carta Política, que fala do princípio da dignidade da pessoa humana. Não prevalecem os argumentos do Embargante. Inicialmente é imperativo destacar que o prequestionamento, tal como pacificamente aceito pela Jurisprudência dos nossos Tribunais, inclusive do TST, não se constitui mais uma hipótese de cabimento de Embargos de Declaração, mas está diretamente relacionado àquelas previstas nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT, conforme se observa da Súmula nº 297 do C. TST, citada pelo Embargante na sua fundamentação. *In litteris: '(...)'2. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal (grifos do relator), opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. (...)'*

Já existe, inclusive, posicionamento desta Corte acerca desse assunto, na novel Súmula nº 4, que assim dispõe:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO - OMISSÃO - PROVIMENTO.

A procedência aos embargos declaratórios, visando ao prequestionamento, condiciona-se à existência de omissão no julgado impugnado.

Há que se verificar, portanto, se houve omissão do julgado na análise dos fundamentos evocados pelas partes, condição para acolhimento dos embargos, ainda que para fins de prequestionamento.

No tocante aos dispositivos legais citados na exordial, cumpre frisar que não está o Juiz a eles adstrito, no julgamento da pretensão posta em Juízo. A análise dos artigos 840, parágrafo 1º, da CLT e 126 do CPC leva à conclusão de que às partes incumbe narrar os fatos nos quais amparam sua pretensão, enquanto ao órgão julgador compete proceder à incidência da norma abstrata sobre a situação fática enfocada nos autos, como dispões os brocardos jurídicos *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito) e *jura novit curia* (o Juiz conhece o direito).

Assim, se pronunciando o Juiz sobre as alegações trazidas pela parte, não está obrigado a se manifestar sobre cada um dos dispositivos legais invocados, não havendo que se falar em omissão o não enquadramento em qualquer deles. Neste sentido têm decidido nossos Tribunais, conforme arestos ora transcritos:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA - NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL - ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS NÃO CONSTATADA - Da análise conjugada dos artigos 840, parágrafo 1º, da CLT e 126 do CPC, extrai-se que às partes incumbe narrar os fatos nos quais amparam sua pretensão, enquanto ao órgão julgador compete proceder à incidência da norma abstrata sobre a situação fática enfocada nos autos (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Segue-se, portanto, que o juiz não está vinculado aos fundamentos legais indicados pelo demandante, sendo-lhe permitido decidir com base em diploma normativo não invocado na petição inicial, sem que isto caracterize afronta à literalidade dos artigos 264, parágrafo

único, e 321 do CPC e 5º, inciso LV, da CF/1988. Recurso não conhecido. (TST - RR 416228 - 1ª T. - Rel. Juiz Conv. Altino Pedrozo dos Santos - DJU 14.05.2004).

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO - IMPROVIMENTO - 1. Inocorrência de omissão no V. Acórdão, ao reconhecer o direito do Terceiro Embargante de ver o seu bem constrito liberado da penhora quando não for parte no processo, e nem responder de qualquer forma pela dívida. 2. O Juiz ou o Tribunal, devem considerar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, e não os dispositivos legais invocados pelas partes; tampouco estão adstritos a examinar todos os argumentos jurídicos, ou a invocação desta ou daquela regra ou princípio jurídico - Jura novit cúria e narra mihi factum dabo tibi jus. 3. Pressuposto de admissibilidade dos Embargos de Declaração é a existência de obscuridade ou contradição no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre o qual deveria o Tribunal pronunciar-se; quando isso não se configura, não há como se acolher o recurso, ainda quando se o tenha feito desafiar, para fins de prequestionamento. Precedentes jurisprudenciais. Embargos de Declaração improvidos. (TRF 5ª R. - REO-AC 164978 - (99.05.15378-0/01) - PE - Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano - DJU 04.03.2005 - p. 775).

In casu, verifica-se que a decisão embargada examinou, detidamente, todos os argumentos apresentados pelas partes, tanto nas razões recursais quanto nas contra-razões, apenas não se curvando ao enquadramento legal pretendido pelo autor. Observa-se ainda que não foi apontado, nos embargos de declaração, nenhum ponto sobre o qual esta Corte teria deixado de se manifestação. Pelo contrário, foi invocado o prequestionamento como uma hipótese a mais de cabimento do apelo além daquelas previstas nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT, questão já superada nos argumentos acima expostos.

Não há, por outro lado, que se adentrar no mérito da questão e se identificar quais condutas estariam ou não vedadas pelo ordenamento jurídico, especialmente os artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, inciso X, da Constituição Federal, já que a decisão está circunscrita a um caso concreto, a um

comportamento determinado, e como tal foi analisado e decidido. Cumpre destacar que a decisão embargada está fundamentada na ausência de impedimento legal ao procedimento adotado pela ré, não se enquadrando sua conduta nos dispositivos legais mencionados pelo autor, quer da Lei nº 9.029/95 quer da Constituição Federal, estando, por consequência, amparada na norma contida no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual *'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'*.

Não se configurando, pois, a existência de omissão na decisão embargada no tocante à análise das questões trazidas a esta Corte, impossibilitado o acolhimento dos Embargos de Declaração, ainda que para fins de prequestionamento.

Isto posto, conheço dos Embargos de Declaração e nego-lhe provimento.
(sem destaques no original)

Destarte, não vislumbro violação ao artigo 832, da CLT, na medida em que o TRT da 20ª Região, ainda que tenha salientado não ser obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais mencionados pelas partes, de fato pronunciou-se especificamente sobre os artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, e 1º da Lei nº 9029/95, afastando-os por considerar que a conduta do réu estava assegurada pelo artigo 5º, II, da CF/88. Além disso, ainda que omissa o acórdão regional, o que de fato não ocorreu, à hipótese dos autos se aplicaria o item III da Súmula nº 297 desta Corte, segundo a qual *"Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração."*

Assinalo, outrossim, que segundo entendimento emanado da Orientação Jurisprudencial de nº 115 da SBDI-1 desta Corte, "O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou

do art. 93, IX, da CF/1988", não se ajustando ao fim colimado a alegação de afronta aos artigos 5º, XXXV, da CF/88, e 515, § 1º, do CPC.

Não conheço.

2 - PROCESSO DE SELEÇÃO - PESQUISA SOBRE A CONDUTA PESSOAL DO CANDIDATO CONHECIMENTO

O recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, X, da CF/88, 1º, da Lei nº 9.029/1995, sustentando, em síntese, que a conduta da reclamada é discriminatória e fere os dispositivos legais em destaque. O artigo 1º, III, da CF/88, insere-se como um dos "fundamentos" da República Federativa do Brasil, relacionado à "dignidade da pessoa humana", matéria esta totalmente estranha à controvérsia dos autos, que aborda pedido de obrigação de não fazer, abstenção de prática supostamente discriminatória, cumulado com indenização por dano moral coletivo. Além disso, referido preceito tem caráter eminentemente genérico, inaplicável à hipótese vertente.

No mesmo sentido, não se reconhece a alegada violação direta e literal ao artigo 3º, IV, da CF/88, que também de forma genérica estabelece os "objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil", dentre os quais "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

O artigo 5º, X, da CF/88 dispõe que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;". Se os cadastros de pesquisas analisados pela reclamada são públicos, de acesso irrestrito à toda a coletividade, não há como admitir que a conduta da empresa tenha violado a "intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas".

O artigo 1º da Lei nº 9029/95 dispõe, *in verbis*:

"Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Referido dispositivo, contudo, trata especificamente de práticas discriminatórias relacionadas a "motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade", não tendo qualquer pertinência com a prática da reclamada em realizar prévia consulta sobre a conduta dos candidatos às vagas de trabalho disponibilizadas pela empresa. Se não há qualquer vedação legal à própria existência de serviços de proteção ao crédito (SPC e SERASA), de registros policiais e judiciais, menos ainda poderia ocorrer quanto à possibilidade de algum interessado pesquisar tais dados, a fim de melhor avaliar os riscos a serem enfrentados caso decida realizar o negócio jurídico que tem em mente, e, mais especificamente, à contratação de empregados. Como bem salientado pelo acórdão recorrido, *"não se pode retirar do empresário o direito de separar e escolher para o seu serviço, dentre os candidatos que se apresentam, aqueles que são portadores das qualificações técnicas necessárias e cuja conduta pessoal não se desvia da normalidade"*.

Se a Administração Pública, em praticamente todos os processos seletivos que realiza, exige dos candidatos, além do conhecimento técnico de cada área, inúmeros comprovantes de boa conduta e reputação, não há como vedar ao particular, no caso o empregador, o acesso a cadastros públicos como mais mecanismo de melhor selecionar candidatos às suas vagas de emprego, mesmo porque todos estes cadastros detém natureza pública, de acesso irrestrito a qualquer interessado, salvo as exceções legais.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 08 de fevereiro de 2012.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Renato de Lacerda Paiva

Ministro Relator⁹⁵

⁹⁵ BRASIL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203810... 2/119.029/1995>>. Acesso em 22.12.2014.

ANEXO VII

Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei

Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de Dezembro de 1979, através da Resolução nº 34/169.

Artigo 1º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem sempre cumprir o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que a sua profissão requer.

Comentário: O termo "funcionários responsáveis pela aplicação da lei" inclui todos os agentes da lei, quer nomeados, quer eleitos, que exerçam poderes policiais, especialmente poderes de detenção ou prisão. Nos países onde os poderes policiais são exercidos por autoridades militares, quer em uniforme, quer não, ou por forças de segurança do Estado, será entendido que a definição dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei incluirá os funcionários de tais serviços.

Artigo 2º No cumprimento do dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos humanos de todas as pessoas.

Artigo 3º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando estritamente necessária e na medida exigida para o cumprimento do seu dever.

Comentário: O emprego da força por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser excepcional. Embora se admita que estes funcionários, de acordo com as circunstâncias, possam empregar uma força razoável, de nenhuma maneira ela poderá ser utilizada de forma desproporcional ao legítimo objetivo a ser atingido. O emprego de armas de fogo é considerado uma medida extrema; devem-se fazer todos os esforços no sentido de restringir seu uso, especialmente contra

crianças. Em geral, armas de fogo só deveriam ser utilizadas quando um suspeito oferece resistência armada ou, de algum outro modo, põe em risco vidas alheias e medidas menos drásticas são insuficientes para dominá-lo. Toda vez que uma arma de fogo for disparada, deve-se fazer imediatamente um relatório às autoridades competentes.

Artigo 4º Os assuntos de natureza confidencial em poder dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem ser mantidos confidenciais, a não ser que o cumprimento do dever ou necessidade de justiça estritamente exijam outro comportamento.

Artigo 5º Nenhum funcionário responsável pela aplicação da lei pode infligir, instigar ou tolerar qualquer ato de tortura ou qualquer outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante, nem nenhum destes funcionários pode invocar ordens superiores ou circunstâncias excepcionais, tais como o estado de guerra ou uma ameaça de guerra, ameaça à segurança nacional, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificativa para torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Comentário: A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define tortura como: "...qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram."

Artigo 6º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem garantir a proteção da saúde de todas as pessoas sob sua guarda e, em especial, devem adotar medidas imediatas para assegurar-lhes cuidados médicos, sempre que necessário.

Artigo 7º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem cometer quaisquer atos de corrupção. Também devem opor-se vigorosamente e combater todos estes atos.

Comentário: Qualquer ato de corrupção, tal como qualquer outro abuso de autoridade, é incompatível com a profissão dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei. A lei deve ser aplicada com rigor a qualquer funcionário que cometa um ato de corrupção. Os governos não podem esperar que os cidadãos respeitem as leis se estas também não foram aplicadas contra os próprios agentes do Estado e dentro dos seus próprios organismos.

Artigo 8º Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar a lei e este Código. Devem, também, na medida das suas possibilidades, evitar e opor-se com rigor a quaisquer violações da lei e deste Código. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei que tiverem motivos para acreditar que houve ou que está para haver uma violação deste Código, devem comunicar o fato aos seus superiores e, se necessário, a outras autoridades competentes ou órgãos com poderes de revisão e reparação.

Comentário: As disposições contidas neste Código serão observadas sempre que tenham sido incorporadas à legislação nacional ou à sua prática; caso a legislação ou a prática contiverem disposições mais limitativas do que as deste Código, devem observar-se essas disposições mais limitativas. Subentende-se que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem sofrer sanções administrativas ou de qualquer outra natureza pelo fato de terem comunicado que houve, ou que está prestes a haver, uma violação deste Código; como em alguns países os meios de comunicação social desempenham o papel de examinar denúncias, os funcionários

responsáveis pela aplicação da lei podem levar ao conhecimento da opinião pública, através dos referidos meios, como último recurso, as violações a este Código. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei que cumpram as disposições deste Código merecem o respeito, o total apoio e a colaboração da sociedade, do organismo de aplicação da lei no qual servem e da comunidade policial.⁹⁶

⁹⁶ ONU. Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei. Resolução 34/169 de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>>. Acesso em 26.06.2014.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: Fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. 336 p.

ASSI, Marcos. **Gestão de Compliance e Seus Desafios**. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BICALHO, Aline. 2003. **Responsabilidade social das empresas: contribuição das universidades**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2003.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOYLAN, Michael. **Business ethics**. 2ª ed. Wiley Blackwell, 2014, p. 223.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. SOX. **Entendendo a Lei Sarbanes-Oxley**. 1. ed. São Paulo: Thomson, 2007. p. 95.

BRESLIN, Brigid; DORON EZICKSON, John Kocoras. **The Bribery Act 2010: raising the bar above the US Foreign Corrupt Practices Act**. ed. 1. Sweet & Maxwell: 2010.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho. Direito individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. Salvador: 2008.

CAMARGOS, Ana Amélia Mascarenhas. **Direito do Trabalho no Terceiro Setor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANDELORO, Ana Paula P.; DE RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan, 2012. 454 p.

CARDOSO, Ruth. **Obra Reunida**. São Paulo: Mameluco, 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORRULLÓN, Mônica Beatriz G. & MEDEIROS FILHO, Barnabé. **Voluntariado na Empresa**. Gestão Eficiente e Participação Cidadã, São Paulo, Periópolis, 2002.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção & Compliance**. 1. ed. São Paulo: Elsevier, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DOHME, Vania. **Voluntariado. Equipes Produtivas: Como liderar ou fazer parte de uma delas**. São Paulo: Mackenzie, 2001.

DUPRAT, Carla Cordery. **A Empresa na Comunidade: um passo-a-passo para estimular sua participação social**. São Paulo, Global, Porto alegre: RS. IDIS - Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social, 2005 (Coleção Investimento Social/coordenação Inês Midlin Lafer).

FARIAS, Cristiano Chaves de/ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2012

FOX, Thomas. **Best practices under the FCPA and Bribery Act. How to create a first class compliance program**. Thomas Fox, 2013. 249 p.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance. A excelência na prática**. Wagner Giovanini: São Paulo, 2014. 505 p.

HEGENBERG, Leônidas. **Filosofia e moral: Ética**. E-papers: Rio de Janeiro, 2010. 178 p.

HOBBSAWN, Eric J. **A Era do Capital 1848 – 1875**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

HOULT, Thomas Ford Houl. **Dicionário de Sociologia Moderna**. ed. 1. São Paulo: 1969.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Anna Cynthia. **Temas jurídicos do Terceiro Setor. Revisão Comparativa. Relatório de Trabalho. Contrato Unesco n. 896-916-7 com o International Center for**

Not-for-Profit Law (ICNL). Projeto BID BR –5413, Conselho da Comunidade Solidária. 1998, mimeo.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no Direito do Trabalho: Do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 13.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. Saraiva, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2004.

SPINOZA, **Ética**. 3ª edição. Autêntica: São Paulo, 2007, 423 p.

STUKART, Herbert Lowe. **Ética e corrupção**. São Paulo: Nobel, 2007, 130 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Renovar, 2002

TROKLUS, Debbie; VACCA, Sheryl. **International Compliance. How to build and maintain an effective compliance and ethics program**. 1. ed. Minneapolis: SCCE, 2013. 112 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

ARTIGOS

AMCHAM. **Interesse de investidores estrangeiros reforça importância de compliance nas empresas brasileiras**. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/gestao-empresarial/noticias/interesse-de-investidores-estrangeiros-reforca-importancia-do-compliance-nas-empresas-brasileiras>>. Acesso em 23.12.2014.

ARAGÃO, Lindenberg Araújo/OLIVEIRA, Oderlene Vieira de/PONTE, Vera Maria Rodrigues. **Governança corporativa: barreiras à adoção das melhores práticas**. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos08/229_229_Arigo_Barreiras_Seget.pdf>. Acesso em 23.12.2014.

BALSAN, Juliana Andrea. **Responsabilidade social com o público interno**. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/77523/000894653.pdf?sequence=1>>. Acesso em 23.12.2014.

BARROSO, Lucas Abreu/CRUZ, Andreza Soares da. **Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea**, in Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 2005, p. 79.

BIBLIOTECA DO MPT/RN. **Terceirização**. Disponível em: <https://bibliotecaprt21.wordpress.com/tag/terceirizacao/>. Acesso em 23.12.2014.

BRASIL DE FATO. **Em 2012, 296 empresas passaram para controle estrangeiro**. Disponível em: < <http://www.brasilefato.com.br/node/11819>>. Acesso em 22.12.2014.

BRASIL ECONOMIA E GOVERNO. **Por que o governo gasta tanto com terceirização?** Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/09/26/por-que-o-governo-gasta-tanto-com-terceirizacao/>>. Acesso em 23.12.2014.

BRASIL DEBATE. **Investidores estrangeiros apostam no Brasil**. Disponível em: <http://brasildebate.com.br/investidores-estrangeiros-apostam-no-brasil/>. Acesso em 22.12.2014.

Centro de Voluntariado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.voluntariado.orb.br>>. Acesso em 14 abril 2012.

CGU. Metodologia de mapeamento de riscos de corrupção. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/prevencaodacorrupcao/arquivos/metodologia.pdf>>. Acesso em: 26.08.2014.

DW. Escândalo de corrupção da Siemens atinge 1,3 bilhão de euros. Disponível em: <<http://www.dw.de/esc%C3%A2ndalo-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-na-siemens-atinge-13-bilh%C3%A3o-de-euros/a-2881659>>. Acesso em 24.12.2014.

ESTADO DE SÃO PAULO. Ranking da Corrupção. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/ranking-da-corrupcao,78383.htm>>. Acesso em 26 abril 2014.

Estado de São Paulo. Brasil fica em 69^a no *ranking* de corrupção. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-fica-em-69-no-ranking-de-corrupcao,1601295>>.

Estratégia: responsabilidade social no Brasil como conteúdo estratégico. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/academico/estrategia-responsabilidade-social-no-brasilcomo-conteudo-estrategico/70885/>>. Acesso em: 25 abril 2014.

FGV EESP. **EESP/FGV revela o custo do trabalhador no Brasil**. Disponível em: <<http://cmicro.fgv.br/node/327>>. Acesso em 23.12.2014.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social**. Disponível em: <

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200005&script=sci_arttext. Acesso em 23.12.2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. País em Protesto. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/paisemprotesto/>>. Acesso em 26 abril 2014.

G8. Declaração homologada da Reunião de Cúpula, Colônia, Jun 1999. In: *International Corporate Governance Network*. Annual Conference. Frankfurt, Jul. 1999.

ICTS Global. Disponível em: <http://www.iibrasil.org.br/new/download/apresentacoes_conbrai2012_2/15h_Fernando_Fleider_Platano.pdf>. Acesso em 26.08.2014.

INSTITUTO ALVORADA. **Transparência e combate à corrupção nos governos Lula e Dilma**. Disponível em: < <http://institutoalvorada.org/transparencia-e-combate-a-corrupcao-nos-governos-lula-e-dilma/>>. Acesso em 23.12.2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil: 2002/ IBGE, Gerência de Cadastro das Empresas. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2004

LOPES, Ana Luiza Szuchmacher Veríssimo/SILVA, José Roberto Gomes da. **Casos de terceirização e a influência sobre o contrato psicológico de profissionais de TI**. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/viewFile/191/172>. Acesso em 22.12.2014.

MADRUGA, Antenor/BELOTTO, Ana Maria. **Compliance ganhou força no combate à corrupção**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jan-03/retrospectiva-2013-compliance-ganhou-forca-combate-corrupcao>>. Acesso em 23.12.2014.

OECD. Ghidelines for multinational enterprises: annual report 2001. Global instruments for corporate responsibility. Paris, OECD, 2001.

O GLOBO. Quase metade dos internautas já fraudou a carteira de estudante. E você? Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/cultura/quase-metade-dos-internautas-consultados-ja-fraudou-carteira-de-estudante-voce-4175600>>. Acesso em 26 junho 2014.

ONU. Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei. Resolução 34/169 de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>>. Acesso em 26 junho 2014.

PASSADOR, Claudia Souza. A responsabilidade social no Brasil: uma questão em andamento. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. Fonte: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044201.pdf>

PEREIRA, A. N.; VILASCHI, A. **Governança corporativa e contabilidade: explorando noções e conexões**. In: *4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica*, 7 e 8 de Junho de 2006, Vitória. Anais do 4º Simpósio FUCAPE de Produção Científica, 2006

Pesquisa, in Revista Eletrônica Integração, disponível em http://integracao.fgvsp.br/BancoPesquisa/pesquisas_n9_2001.htm.

PICANÇO, Victor. **Pejotização do trabalhador: a ilegalidade da contratação de trabalhadores como pessoa jurídica**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12743. Acesso em 22.12.2014.

REVISTA DO DIREITO TRABALHISTA. Brasília: Editora Consulex, 2008.

Revista IstoÉ. 24 de dezembro de 2008. Por que o ser humano é generoso: As razões culturais, genéticas e religiosas que explicam a solidariedade das pessoas. Pág. 60 a 65. Editora Três.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, 2008.

ROCHA, Roberto da Silva. **É a ética, estúpido!** Disponível em: http://professorrobertorocha.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html. Acesso em 21.08.2014.

SCCE: Society of Corporate Compliance & Ethics. Disponível em: <https://www.corporatecompliance.org/>. Acesso em 26.06.2014.

SERASA EXPERIAN. Código de conduta dos fornecedores Serasa Experian. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/portal-do-fornecedor/codigo-conduta-fornecedores.html>. Acesso em 24.12.2014.

SZAZI, Eduardo. Visão Legal do Voluntariado Empresarial, Valor Econômico, 18 de setembro de 2001.

Tozzini Freire. Quadro Comparativo. Disponível em: http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_10-02-2014_15-06-14.pdf. Acesso em: 26.08.2014.

UNODC. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>. Acesso em 26.08.2014.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei 5452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 23.12.2014.

BRASIL. Lei 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9608.htm>. Acesso em 29 abril 2013.

BRASIL. Lei 12.846/2013 de 1º de Agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 25 junho 2014.

BRASIL. Normas regulamentadoras. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>. Acesso em 23.12.2014.

BRASIL. PL 4330 de 26 de Outubro de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>. Acesso em 25 junho 2014.

BRASIL. Jurisprudência. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203810... 2/119.029/1995](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203810...2/119.029/1995). Acesso em 22.12.2014.

BRASIL. Lei 10.406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 22.12.2014.

ESTADOS UNIDOS. **The whistleblower protection programs**. Disponível em: <http://www.whistleblowers.gov>. Acesso em 24.06.2014.