II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL I

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597
Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-219-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Empresarial. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 07 de dezembro de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Empresarial I do II Encontro Virtual "Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?” , do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos das Professoras Doutoras Renata Albuquerque Lima e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, que envolveu nove artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da análise da prática empresarial com os dilemas da atualidade, principalmente em períodos de pandemia. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, de autoria de Frederico de Andrade Gabrich e Marcos Souza Lima, apresentado pelos dois autores, é "A FORMAÇÃO TRANSDISCIPLINAR E INOVADORA COMO PARADIGMA PARA A EVOLUÇÃO DO ADVOGADO QUE ATUA NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS", que tem como proposta apontar um novo paradigma para a formação do advogado, fundamentado no conhecimento transdisciplinar que assegura uma visão holística do Direito, da vida e da realidade. Esse novo paradigma estabelece resposta para o problema da necessidade de inovação e de evolução do advogado que atua nas sociedades empresárias frente aos desafios de um futuro profissional incerto.

"A SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL: UMA NOVA SOLUÇÃO PARA A EIRELI SIMPLES" é o trabalho de Milena Zampieri Sellmann e Luiz César Martins Loques, apresentado por este. Analisam que o direito societário brasileiro sempre considerou como pressupostos de existência das sociedades: a pluralidade de sócios e a affectio societatis. Contudo, com a superação destes, a unipessoalidade vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A sociedade limitada unipessoal surge para resolver antigas controvérsias, como é o caso do registro da EIRELI de natureza não empresária.

Pedro Franco De Lima , Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima são autores do artigo "ASPECTOS RELEVANTES DA INFLUÊNCIA DOS STAKEHOLDERS NA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL", oriundo de

pesquisa em que os mesmos estudam a teoria dos stakeholders como algo extremamente benéfico para as empresas, destacando a visão maximizadora em prol de todos os atores envolvidos na atividade produtiva, abordando a responsabilidade social empresarial sob o enfoque pós-modernista.

"COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS NA EMPRESA: A SUPRANACIONALIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL" é o trabalho de Pedro Durão e Deise Cássia de Macêdo Silva, apresentado pela última autora, em que avaliam o papel do compliance na implementação dos direitos humanos na empresa, dada a crescente importância e impacto da atividade empresarial na sociedade.

Vicente Loiacono Neto apresentou " CONFORMIDADE NAS EMPRESAS ESTATAIS - PROGRAMA DE INTEGRIDADE SOB A ÓTICA DA LEI N° 13.303/2016 ", elaborado juntamente com Sergio Fernando Moro, em que o referido estudo tem por finalidade apresentar as principais ações que devem estar presentes no programa de integridade e se e de que forma estão previstas na Lei das Estatais.

Matheus Fernandino Bonaccorsi apresentou o trabalho intitulado "CORPORATE GOVERNANCE E COMPLIANCE: ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO" designa o complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais e deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração, controle e fiscalização das sociedades, constituindo o compliance um desses instrumentos de supervisão presentes na corporate governance.

Paloma Medrado Lopes Soares explanou sobre o tema do seu artigo "FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PERANTE OS EMPREGADOS EM MOMENTOS DE PANDEMIA - COVID19", em que a mesma quis despertar o interesse dos operadores do Direito e dos empresários sobre a importante reflexão da função social da empresa, com o fito de minimizar os impactos da pandemia aos empregados e consequentemente aos empregos.

"HOLDING: DIFERENCIAL NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL E SUCESSÓRIO FAMILIAR" é o trabalho de Helena Beatriz de Moura Belle e Mara Geane Rezende Silva, apresentado pela primeira autora. Referida pesquisa analisa a atuação da holding familiar, para nortear o planejamento sucessório, com vistas à proteção e à preservação do patrimônio da família.

Finalmente, o trabalho "O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA" de autoria de Vicente Loiacono Neto, Eduardo Vieira de Souza Barbosa e

Clayton Reis, sendo apresentado pelos dois primeiros, esclarece a forma como a Constituição da República de 1988 dispensa o tratamento à empresa.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS e UVA

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Empresarial I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Empresarial. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONFORMIDADE NAS EMPRESAS ESTATAIS - PROGRAMA DE INTEGRIDADE SOB A ÓTICA DA LEI N° 13.303/2016

COMPLIANCE IN STATE COMPANIES - INTEGRITY PROGRAM UNDER THE LAW N ° 13.303/2016

Vicente Loiacono Neto
Sergio Fernando Moro

Resumo

A Lei n° 13.303/2016 inaugura uma nova fase das empresas estatais, em razão da estipulação de diversas regras de gestão e organização dessas empresas que possibilita conferir a elas uma eficiência maior. Parte das inovações trazidas garante a implementação de um verdadeiro programa de integridade no âmbito das empresas estatais, cujos benefícios poderão ser sentidos a médio prazo, desde que sejam implementados de maneira adequada. O presente estudo tem por objetivo apresentar as principais ações que devem estar presentes no programa de integridade e se e de que forma estão previstas na Lei das Estatais.

Palavras-chave: Governança, Empresa, Eficiência, Integridade, Conformidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Law n° 13.303/2016 inaugurates a new phase of state companies, due to the stipulation of various rules of management and organization of these companies that allows to give them greater efficiency. Part of the innovations brought by this Law ensures the implementation of a true integrity program within state companies, whose benefits can be felt in the medium term, provided that they are properly implemented. This study aims to present the main actions that should be present in the integrity program and if and how they are provided for in the State Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Governance, Company, Efficiency, Integrity, Compliance

1. INTRODUÇÃO

É inegável que o momento histórico pelo qual o Brasil estava passando tratou de adiantar o processo de promulgação de um diploma legal específico para fins de regulamentação das empresas estatais, surgindo, assim, a tão esperada Lei n° 13.303/2016.

Essa Lei traz significativas alterações no regime jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, que não impacta apenas na forma de sua constituição, mas sim, impacta de forma significativa o próprio cenário econômico do país, uma vez que a atuação estatal na economia tem o condão de alterar o próprio mercado, de forma direta ou reflexa.

Dessa forma, importa trazer à lume no presente estudo de que forma a Lei pode contribuir na gestão das empresas estatais, a fim de que permaneçam contribuindo para o atingimento da função pública para a qual foram criadas, por meio de uma gestão qualificada e da aplicação eficiente dos recursos públicos.

2. DA CARACTERÍSTICA DAS EMPRESAS ESTATAIS

As empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista - constituem instrumentos pelos quais a Administração Pública se utiliza para promover a descentralização do exercício das suas funções administrativas, especificadamente para o exercício de atividades de natureza econômica. São entidades que têm a sua criação autorizada por lei e são constituídas na forma do direito privado, por atos de natureza mercantil.

A atividade das empresas estatais é disciplinada preponderantemente pelo direito privado no que diz respeito às suas relações com terceiros (obedecem aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência), porém com variações decorrentes da atividade a elas atribuída, determinadas pela Constituição.

São conferidas às empresas estatais características de direito privado porque mais adequados à consecução de suas atividades, contudo, submetem-se em parte às regras do direito público.

Pode-se dizer, então, que o seu regime jurídico é híbrido porque em vários aspectos as empresas estatais se submetem ao direito público, em razão principalmente da necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal que a constituiu, com o objetivo de atingir

determinado fim de interesse público. Como bem esclarece Maria Sylvia Di Pietro, nesses casos, há a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público, "sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins (DI PIETRO, 2002, p.364).

Outra característica importante comum às suas espécies de empresa pública é o fato de que são instituídas para a prestação de serviços públicos ou atividades econômicas, por meio da intervenção do Estado no domínio econômico (art. 173, da Constituição Federal) ou como serviço público assumido pelo Estado (hipóteses do art. 175, da Constituição Federal).

A principal diferença entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista é que as sociedades de economia mista admitem o ingresso de capital privado na sua composição patrimonial, desde que fique resguardada a maior parte das ações com direito a voto nas mãos do ente público que o instituir[1]. Já as empresas públicas não admitem o ingresso de capital privado em sua composição patrimonial (art. 3º *caput* e parágrafo único, da Lei n° 13.303/16). Dessa diferença principal, decorre a forma societária imposta a cada uma delas: as sociedades de economia mista serão necessariamente criadas na forma de sociedades anônimas (art. 235 da Lei n° 6.404/76, e art. 5º, da Lei n° 13.303/16); as empresas públicas poderão ser formadas por qualquer modelo societário, desde que compatível com a sua natureza.

Ainda que com a criação de empresas públicas e de sociedade e economia mista se pretendesse atender à necessidade estatal de especialização na execução das atividades, com vistas à obtenção de melhores resultados, e de utilização de métodos de gestão privada, mais dinâmicos e flexíveis, fato é que desde os primórdios, é notória a ineficiência do poder público na gestão dessas empresas, por diversos fatores. Talvez seja esse o motivo da Constituição Federal conter a previsão de que seria instituído o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, fossem elas exploradoras de atividade econômica ou à prestação de serviços públicos.

[1] Caso se trate de empresa cuja participação do poder público seja menor do que o correspondente ao capital majoritário, não se estará diante de uma sociedade de economia mista, mas de simples pessoa jurídica participar de que o poder público é sócio ou acionista.

3. DA LEI DAS ESTATAIS: LEI N° 13.303/2016

Desde a promulgação da Constituição Federal, mais especialmente a partir da Emenda Constituição n°19/298, aguardava-se a edição de um estatuto jurídico das empresas estatais, em vista do previsto no art. 176, §1º, da Magna Carta.

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A Lei das Estatais foi outorgada, assim, para disciplinar os preceitos constitucionais, estabelecendo parâmetros de organização e de atuação das empresas estatais. E foi além, com o estabelecimento de regras de governança corporativa, de transparência na gestão, de mecanismos de controles internos, de mecanismos de proteção aos acionistas, entre outros.

Nas palavras do Prof. Bernardo Strobel Guimarães:

> No que se refere às estatais, é a Constituição que traça sua feição elementar (e não o LD n°200/1967, por incrível que possa parecer). A Carta Magna tem algumas diretrizes claras no que se refere às estatais. Compreender o seu sentido e alcance é fundamental para entender o regime jurídico das estatais, especialmente no que diz respeito à nova disciplina inaugurada pela Lei n° 13.303/2016, que promove inovações substanciais em relação à Administração empresária, em linha com os desígnios constitucionais" (GUIMARÃES, 2019, p.31).

Vê-se, assim, que a nova legislação não apenas traz regras básicas de constituição e funcionamento. É possível dizer que traz inovações que realiza uma verdadeira transformação na condução das empresas públicas e sociedades de economia mista, dentre elas, a governança corporativa, a autonomia da gestão, a integridade e a transparência, como bem tratado por Rafael Maffini:

> A Lei n13.303/2016 (Estatuto das Estatais) traz significativas alterações no regime jurídico dessas pessoas jurídicas. E tal disciplina normativa não se resume a

> impactar somente o cenário jurídico-administrativo; ao contrário, estabelece concretas e importantes modificações no cenários econômico do país, enfim, no mercado, sobretudo se considerada atuação estatal na economia, por meio de uma plêiade de instrumentos, entre os quais as estatais se colocam em posição proeminente. (MAFFINI, 2018, p.33)

Com efeito, a Lei 13.303/2016 constitui importante iniciativa de imposição de padrões de governança às empresas compostas por capitais públicos, de maneira a permitir que tais recursos sejam efetivamente controlados, bem como impedir que a condução de tais empresas não seja direcionada ao atendimento de qualquer interesse do Estado, mas do interesse público específico que motivou a criação da estatal.

A inserção desses novos instrumentos obrigatórios às empresas estatais transforma o modo de sua condução, na medida em que, estabelecendo regras para padronização da organização e da gestão das empresas estatais, confere a elas uma necessária eficiência nas suas atividades, uma vez que se constituem como importantes prestadores de serviço público. "Essa profissionalização de sua gestão é passo fundamental para que essa eficiência seja obtida" (CAMARGO, 2017, p. 180).

O Professor Marcio Iorio Aranha também ressalta que as importantes inovações trazidas pelo Estatuto da Empresa Pública devem ser observadas por uma gama grande de empresas estatais[2]:

> O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais (Lei n° 13.303/2016) inovou ao tratar, em um único diploma normativo, das empresas estatais e de suas subsidiárias, inclusive empresas estatais dependentes (art. 1º, §2º) – que consistem em conceito restritivo caracterizado pela circunstancial dependência financeira do sentes controladores para cobertura de seus déficits e regime jurídico especial limitador de despesas com pessoa, nível de endividamento e geração de despesas – partícipes de consórcio (art. 1º, §5º) ou de propósito específico controladas por estatais (art. 1º, §6º), em suas diversas conformações prestacionais, - exploradoras de atividades econômicas tanto em regime concorrencial quanto em regime de monopólio, tanto pertinentes à atividade econômica em sentido estrito quanto a serviços públicos – e de produção ou comercialização de bens (art. 1º, *caput*), reservando regimes específicos para certas categorias. (ARANHA, 2017, p. 58)

Como será visto na sequência, parte desses novos instrumentos exigidos pela Lei n° 13.303/2016 para as empresas estatais constituem um verdadeiro programa de integridade, tal qual já estava previsto no Decreto 8.420/2015.

---

[2] Não se abordará neste estudo a questão relativa à excepcionalidade de aplicação de certas regras previstas na Lei das Estatais às empresas com receita operacional bruta inferior a R$ 90 milhões - Artigo 1º, § 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

4. DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De uma maneira simplificada, é possível dizer que o programa de integridade é um conjunto de medidas que são implementadas em uma empresa, com apoio da Alta Administração, sob coordenação de uma área ou pessoa, com o propósito de prevenir, detectar e remediar a ocorrência de fraude, corrupção e desvios de condutas na instituição.

Por meio do programa de integridade, busca-se prevenir e minimizar os riscos das atividades exercidas pelas organizações através do cumprimento de todas as regras, das leis, dos procedimentos, dos regulamentos e dos controles a que cada empresa está sujeita, partindo de todos os regramentos impostos às empresas (contábeis, regulamentares, tributários, ambientais, dentre outros) (ZENKNER, 2019, p. 370).

A função primordial do programa de integridade é a de "garantir que a própria pessoa jurídica atinja a sua função social, mantenha intactas a sua imagem e confiabilidade e garanta a própria sobrevida com a necessária honra e dignidade" (FERREIRA, 2016, p. 115).

O art. 41 do Decreto 8.420/2015 (que regulamenta a Lei Anticorrupção – Lei n° 12.846/2013[3]) define programa de integridade como conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

De uma certa maneira, a Lei Anticorrupção, complementada pelo seu Decreto regulamentador, foi o primeiro instrumento normativo a prever a importância da instituição do programa de integridade no âmbito das empresas, contudo, a existência do programa é apenas incentivo, eis que utilizado como fator atenuante para fins de aplicação de sanção. "A Lei Anticorrupção não exige o compromisso da entidade de prover auditoria, incentivar denúncias de irregularidades e aplicação efetiva do código de ética e de conduta, nem mesmo como requisito para a celebração de acordos de leniência" (FORTINI, 2020).

[3] A Lei Anticorrupção assegurou que violações ao patrimônio público ou contra os princípios da administração pública podem repercutir em responsabilização administrativa/judicial, orientando, assim, as empresas a adotarem as boas práticas, conforme previsto no art. 7º, inciso VIII, que estabelece como atenuante quando da aplicação de sanções "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

Com a promulgação da Lei n° 13.303/2016, a instituição do programa de integridade se tornou obrigatória a todas as empresas estatais.

É importante dizer que o programa de integridade efetivo deve ser estruturado de acordo com as características e os riscos da atividade de cada pessoa jurídica e deve contemplar uma série de mecanismos de efetividade, como, por exemplo, comprometimento da alta administração, elaboração de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, canais de denúncias, treinamentos periódicos, gestão de riscos, controles internos, dentre outros.

Assim, pertinente foi a inserção na Lei das Estatais de regras normativas direcionados ao controle, à integridade da gestão administrativa e à transparência, o que contribui para produzir efeitos na gestão, introduzindo uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem a autonomia dos gestores na condução das atividades desenvolvidas pelas empresas estatais.

5. DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À EXISTÊNCIA DE UM PROGRAMA DE INTEGRIDADE E SUA PREVISÃO NA LEI DAS ESTATAIS.

Para o sucesso do programa de integridade é necessário o desenvolvimento de algumas ações, para a Controladoria Geral da União, são cinco as ações[4] previstas para a implementação do programa de integridade nas empresas estatais federais:

(i) Comprometimento e apoio da Alta Administração

(ii) Existência de unidade responsável pela implementação na organização

(iii) Análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema integridade

(iv) Regras, procedimentos e instrumentos

(v)Monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade

A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - OCDE, estabeleceu em seu “Manual de Boas Práticas em Controles Internos, Ética e Compliance” os seguintes elementos para que um sistema de integridade seja considerado efetivo:

1. Comprometimento e suporte da alta administração;
2. Política clara e articulada contra fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e desvios de conduta ética em geral;

[4] A Portaria n° 750, de 20/04/2016, instituiu o Programa de Integridade da Controladoria-Geral da União, sendo que a 1ª versão do plano foi publicada por meio da Portaria n° 1075, de 24/04/2018.

3. Estabelecer como dever de todos os empregados o respeito e cumprimento das normas afetas ao Programa de Compliance;
4. Compliance Officer deve atuar com autonomia e independência;
5. O Programa deve ser elaborado de forma que também possa ser aplicável aos terceiros que atuam em parceria com a empresa;
6. Ter um sistema interno de controle financeiro para garantir que práticas de corrupção não sejam omitidas;
7. Comunicações e treinamentos periódicos sobre o Programa de Compliance, devidamente documentados e para todos os níveis da empresa;
8. Aplicação consistente de medidas disciplinares quando forem detectadas violações do Programa de Compliance;
9. Orientar e dar assistência a todos os empregados em aspectos relacionados ao Programa de Compliance, possibilitando a realização de denúncias de forma confidencial e sem retaliação;
10. O programa de Compliance deve ser reavaliado periodicamente, considerando o desenvolvimento dos negócios e das práticas empresariais.

Em abril de 2019, o Departamento de Justiça do Estados Unidos (DOJ) atualizou o documento "Evaluation of Corporate Compliance Programs", o qual tem por objetivo apoiar a tomada de decisão sobre em que medida os programas de integridade das empresas eram efetivos no momento do descumprimento da legislação. Interessante que o próprio guia estabelece que um sistema de integridade deve ser avaliado dentro do contexto, sem a utilização de uma fórmula única e rígida para avaliar a efetividade do programa, avaliando inclusive o perfil de risco de cada empresa estudada. O modelo é baseado em três questões fundamentais:

1) O programa está bem projetado?
a. Avaliação de risco
b. Políticas e Procedimentos
c. Treinamento e Comunicação
d. Canal de Denúncias e o Processo de Apuração
e. Gestão de Terceiros e Fornecedores
f. Fusões e Aquisições
2) O programa está efetivamente implementado?

a. Compromisso da Administração e Média Gerência

b. Autonomia e Recursos da Área Responsável

c. Incentivos e Aplicação de Medidas Disciplinares

3) O programa de integridade funciona na prática?

a. Melhoria Contínua e Revisão Periódica

b. Investigação de Desvio de Conduta

c. Análise, Correção e Responsabilização de Qualquer Desvio de Conduta

Para Marcelo Zenkner (2019, p. 373), são 10 os elementos fundamentais de um mecanismo de *compliance*:

(i) Do comprometimento e suporte da Alta Administração

(ii) Definição formal e expressa das políticas e procedimentos da empresa

(iii) Comunicação interna e treinamento

(iv) Canal de denúncias (*hotline*)

(v) Investigações internas em torno de irregularidades e práticas ilícitas

(vi) Aplicação adequada e proporcional de medidas disciplinares e ações corretivas

(vii) Gerenciamento de riscos

(viii) "*Due diligence*" de terceiros

(ix) Monitoramento e avaliação permanentes quanto à efetividade do programa

(x) Processo de aprimoramento contínuo do programa

Sobre a criação de programas de integridade apenas para atendimento de requisitos legais e regulatórios, Gorga e Marchioni (2017) afirmam que um dos principais estímulos para adoção de programas são as vantagens competitivas e potencial redução de pena e multas:

> "São esses os elementos que, no plano ideal, levariam a um mundo de negócios melhor. É bem verdade, entretanto, que um dos grandes incentivos para que as empresas tenham definitivamente se interessado em criar estruturas de governança e estabelecer seus departamentos de compliance foi, em primeiro lugar, a vantagem competitiva que permitia maior facilidade em fechar contratos com empresas estrangeiras já adeptas de tais estruturas e, recentemente, a legislação recém vigente no Brasil, tal qual as severas alterações na Lei de Lavagem de Capitais e a criação da Lei Anticorrupção."

Neste contexto, Chen e Soltes ressaltam que um mercado gigantesco foi estabelecido para implantação de programas de integridade, principalmente nas grandes empresas que sempre estiveram mais expostas aos riscos de corrupção:

> Uma indústria rapidamente se dispôs a fornecer programas de treinamento em *compliance*, *hot lines* para os denunciantes e avaliações de risco. Não ter um programa de *compliance* tornou-se uma responsabilidade significativa demais para que qualquer grande empresa — até empresa estrangeira que apenas utilizava bancos americanos — a ignorasse. Essa potencial responsabilidade aumentou sistematicamente à medida que outros países, como Reino Unido, Brasil e Espanha, aprovavam leis que levavam o *compliance* em consideração em ações de cumprimento da lei. (CHEN; SOLTES, 2018)

Independente da quantidade de pilares, fato é que os requisitos que compõe o programa de integridade estão descritos tanto no Decreto n° 8.420/2015, de forma sistemática, quanto na Lei n° 13.303/2016, de forma desorganizada.

Utilizando como parâmetro as metodologias apresentadas, verificar-se-á em quais dispositivos da Lei n° 13.303/2016 e como elas estão previstas.

5.1. O Comprometimento da Alta Administração

No texto da Lei n°13.303/2016, não há qualquer referência a esse requisito primordial para um eficaz programa de integridade. Ao contrário do modo que o programa de integridade é previsto no Decreto n° 8.420/2015, em que o comprometimento da alta administração se encontra como o primeiro requisito, constante no inciso I, do art. 41, §único.

A par da ausência de previsão desse requisito, ele não se revela menos importante também às empresas estatais, tendo em vista que o apoio daqueles que ocupam o topo da hierarquia da empresa é fundamental para o sucesso do programa.

Nas palavras de Zenkner, “o exemplo deve vir de cima e, exatamente por isso, não basta apenas apoiar, participar das reuniões e declarar entusiasmo nas comunicações de compliance - o líder máximo da organização deve incorporar os princípios éticos que sustentam o programa e pratica-los no cotidiano, não apenas para dar o exemplo aos demais, mas também para consolidar valores na companhia que dirige” (ZENKNER, 2019, p. 374).

Nesse sentido, o apoio da alta administração ao programa de integridade se revela quando há a concessão à diretoria responsável da autonomia e a independência para o exercício de suas funções. Essa previsão consta do art. 9º, §2º: “A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao

diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente" e § 4º "O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada".

Sendo assim, muito embora não preveja expressamente a necessidade do comprometimento da alta administração, exigiu-se que o seu estatuto social preveja que a diretoria/área responsável pela condução do programa de integridade na empresa tenha assegurada a liberdade e a imparcialidade na sua atuação, garantindo, assim, a efetividade do programa.

5.2 Definição formal e expressa das políticas e procedimentos da empresa

A compreensão das peculiaridades das atividades desenvolvidas por cada empresa, quais são os regramentos pelos quais se submete, bem como a forma pela qual quer desenvolver as suas atividades é essencial para o desenho do programa de integridade e, consequentemente, a estruturação das regras e dos instrumentos que serão utilizados pela empresa.

Com o arcabouço legislativo interno da companhia devidamente elaborado, torna-se possível a elaboração do código de conduta, com o estabelecimento de regras de comportamento para toda a empresa[5], a análise de risco adequada, a identificação dos processos internos com maiores riscos, além de elaboração de políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades.

Na Lei n° 13.303/2016, essa previsão consta na exigência da elaboração de diversas políticas e documento da empresa, prevista no artigo 8º e incisos, bem como no artigo 9º, §1º, que trata especificamente da elaboração de um 'Canal de Denúncias e de Integridade', estabelecendo o seu conteúdo.

E não basta a elaboração de todos os documentos, essencial se mostra a sua divulgação, interna ou externamente, a fim de que todos os interessados tenham plena ciência e saibam agir de acordo com o que se espera.

[5] E também que reflita os princípios e os valores da organização de modo claro e inequívoco.

5.3 Comunicação interna e treinamento

Outras ações extremamente importantes são as comunicações internas e treinamentos, no sentido de que dever haver na empresa diversas vias de comunicação constantes, claras e objetivas a todos os empregados e corpo diretivo, bem como àqueles vinculados às atividades da empresa, a fim de que as práticas e orientações constantes no programa de integridade seja incorporada às suas ações.

Wagner Giovanini esclarece que:

> os responsáveis por esse processo deverão, para tanto, adotar as seguinte providências: informar a organização sobre os fatos mais relevantes; manter vivo o assunto e garantir o aumento do número de adeptos e apoiadores ao tema; incentivas reconhecer o sucesso parcial das pessoas e equipe, à medida que os desafios vão sendo vencidos; acostumar toda a organização com o novo tema, inclusive como parte da preparação para a auditora no final do processo. (GIOVANINI, 2017, P. 99)

Essas ações estão também previstas na Lei n°13303/2016, seja no artigo 9º, inciso I, seja no artigo 9º, §1º, inciso VI, a seguir transcritos:

> Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
> I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
> § 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:
> VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

A comunicação e o treinamento, portanto, são instrumentos indispensáveis à internalização das condutas que se espera dos empregados e diretores, contribuindo para o seu engajamento e participação efetiva para a eficácia do programa.

5.4 Canal de denúncias

A previsão da obrigatoriedade da instalação/manutenção nas empresas estatais de um canal de denúncias consta no já citado §1º, artigo 9º, da Lei 13.303/2016, em seus incisos III e IV (III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais; IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias).

Contudo, não é possível afirmar que a simples existência de um canal de denúncias é suficiente para a efetividade de um programa de integridade adequado.

É recomendado que a empresa pública garanta que o seu canal denúncias seja confidencial e sigiloso, sendo que em geral se utilizam de empresas terceirizadas, a fim de que tais garantias possam ser atendidas a contento.

Isso porque é consenso que este instrumento é um dos elementos mais importantes do programa de integridade, uma vez que é a ferramenta mais eficiente colocada à disposição dos empregados, com o objetivo de inibir a ações contrárias às normas, valorizando as boas práticas no âmbito das empresas.

5.5 Investigações internas em torno de irregularidades e práticas ilícitas

De acordo com Marcelo Zenkner (2019, p. 374), "as investigações internas têm por objetivo identificar violação das políticas internas da empresa e a prática de ilícitos, possibilitar a implementação de controles internos mais eficientes, minimizar os impactos de uma investigação externa", garantindo, assim, uma boa governança corporativa e resguardar a boa reputação da empresa.

Essa ação não tem previsão expressa na Lei n° 13.303/2016, contudo, encontra respaldo, ainda que de forma indireta, no Decreto 8.420/2015, art. 42, XII, assim previsto:

> Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:
> XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

Ainda que não tenha uma previsão expressa, essa atividade decorre inexoravelmente da necessidade de manter íntegros os controles internos da empresa e zelar pelo cumprimento das normas existentes, especialmente aquelas retratadas no código de conduta.

5.6 Aplicação adequada e proporcional de medidas disciplinares e ações corretivas

Esta ação também não encontra previsão na Lei das Estatais e encontra resguardo no Decreto 8.420/2015, na medida em que prevê que o programa de integridade deverá conter "medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade".

Com efeito, é inegável que a previsão e consequente aplicação de medidas disciplinares adequadas em casos de ilicitudes ou mera irregularidades também se mostra

fundamental para garantir a efetividade do programa, demonstrando o compromisso da administração com relação ao adequado tratamento em face das irregularidades encontradas.

5.7 Gerenciamento de riscos

A atividade de análise de riscos pressupõe o conhecimento que a empresa tem de si própria, dos seus processos e da sua estrutura organizacional. A partir disso, é possível realizar uma avaliação de riscos ligada ao mercado no qual atua, com o mapeamento periódico destes.

Por meio da gestão de risco e dos controles internos se pretende que haja integridade nas relações internas e externas da empresa. Isso implica que sejam adotadas as regras de *compliance* pertinentes, nos moldes estipulados na Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2019) e na própria Lei n° 13.303/2016. Ademais, a empresa estatal pode decidir espontaneamente por se autovincular a outras regras de *compliance* ou criar as suas próprias diretrizes e obrigações com efeitos exclusivamente internos.

Conforme bem esclarece o Strobel Guimarães (2019, p. 33), "a tendência vai na linha da funcionalização da empresa (já constante da Lei Anticorrupção), que deve ser estimulada a ser a primeira linha de atuação no sentido de implementar padrões probos de atuação".

Na Lei das Estatais, a sua previsão se encontra de forma indireta no artigo 8º, inciso I, por meio da necessidade de elaboração e divulgação da "Carta Pública" e de publicação de informações relevantes relativas às atividades da empresa em especial sobre os fatores de risco.

Também está previsto de forma direta no art. 6 e no art. 9º caput e inciso I, o qual expressamente exige a necessidade de práticas de gestão de risco e de controle interno, a saber:

> Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.
> Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:
> I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
> II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

O gerenciamento de riscos, portanto, é um dos fundamentos que torna o programa de integridade sustentável, pois a partir dessas atividades é que torna possível a prevenção, detecção, punição e remediação de eventos que confrontem ou ameacem os princípios éticos e a adoção do monitoramento de controles internos para auxiliar no atingimento dos objetivos do programa e preservar a boa imagem e a confiança da sociedade.

5.8 "*Due diligence*" de terceiros

Esse é outro elemento importante do programa de integridade que encontra previsão apenas no Decreto 8.420/2016 (XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados).

A ausência de previsão na Lei das Estatais não afasta a necessidade de instaurar nas empresas estatais um procedimento de avaliação de seus fornecedores de bens e serviços e dos seus parceiros de negócios.

Essa necessidade decorre do fato de "uma das principais consequências da responsabilidade objetiva estabelecida na Lei Anticorrupção envolve o relacionamento com terceiros (...). Isso significa, em outras palavras, que se um preposto da empresa contratada se envolver com corrupção, a empresa contratante será responsabilizada" (ZENKNER, 2019, p. 384).

Portanto, é indispensável a avaliação do perfil de risco daquele que será contratado, ainda que por meio de processo licitatório, como se exige nos casos das empresas estatais, a fim de evitar responsabilizações e exposições desnecessárias.

5.9 Monitoramento e avaliação permanentes quanto à efetividade do programa e Processo de aprimoramento contínuo do programa

De acordo com o autor no qual se baseou quais seriam as ações principais ao programa de integridade, essas ações foram tratadas de maneira distintas.

Trata-se de ações não previstas na Lei n°13.303/2016 que também está disposta expressamente no Decreto 8.420/2015, o qual estipula que deve compor o programa de integridade "monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos"

O monitoramento do programa de integridade portanto deve ter como objetivo acompanhar as ações nele previstas, com vistas a avaliar os resultados alcançados e avaliar a necessidade de aprimoramento.

Nesse sentido, é importante que se inclua no escopo do monitoramento contínuo medidas de tratamento dos riscos à integridade, as iniciativas de capacitação de líderes e colaboradores, as medidas de fortalecimento das instâncias relacionadas ao tema e os meios de comunicação e reporte utilizados pelo Programa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse artigo, ficou demonstrado os recentes casos de corrupção contribuíram para a promulgação da Lei n° 13.303/2016, que, dentre vários dispositivos inovadores, contém a exigência de implementação de um programa de integridade nas empresas estatais.

Trata-se de um instrumento que não é inovador na legislação brasileira, mas que tem por objetivo trazer uma solução contemporânea de fiscalização de atos e de gestão das empresas estatais, objetivando a eficiência na prestação dos serviços.

As empresas estatais que já mantêm programas de integridade devem avaliar periodicamente sua efetividade por meio do acompanhamento de indicadores de desempenho, processos de auto avaliação ou avaliações independentes com o propósito de assegurar que os investimentos estão sendo realizados de modo adequado ao contexto organizacional.

Um programa de integridade robusto permitirá às empresas estatais fortalecerem seus ambientes de governança corporativa, o que acarretará ganhos consideráveis para às pessoas jurídicas e para a própria sociedade, tendo em vista o fim social e constitucional para o qual se destinam.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. O objeto do Estatuto Jurídico das Estatais e os Regimes Jurídicos da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista. In Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei n°13.303/2016/ NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 58

CAMARGO, André Antunes Soares de. A Diretoria, o Comitê de Auditoria Estatutário e o Conselho Fiscal na Lei n° 13.303/2016: Primeiras Reflexões in Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei n°13.303/2016/ NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord). Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 180.

CARDOSO, André Guskow. Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O Regime Instituído pela Lei 13.303/2016 in Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016/Marçal Justen Filho, organizador – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 113)

CGU - Controladoria Geral da União. Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CHEN, Hui.; SOLTES, Eugene. Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/> Acesso em: 20 jan. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 364

FERREIRA, Daniel; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. A importância do controle cidadão nos programas de integridade (compliance) das empresas estatais com vistas ao desenvolvimento nacional. Revista Jurídica, vol. 04, n° 45, Curitiba, pp. 115-134.

FORTINI, Cristiana; A atividade sancionatória e a proposta da CVM para o acordo de supervisão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-28/atividade-sancionatoria-proposta-cvm-acordo-supervisao>. Acesso em: 25 jan. 2020.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance* - A excelência na prática. São Paulo: 2017, p. 99

GORGA, Maria Luiza.; MARCHIONI, Guilherme. Programa de compliance de “fachada”, melhor não ter. Disponível em: <http://compliancebrasil.org/programa-de-compliance-de-fachada-melhor-nao-ter/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A Lei 13.303/2016 e a Nova Empresa Estatal in Comentários à Lei das Estatais (Lei n° 13.303/2016)/Bernardo Strobel Guimarães (et al.) – Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 31.

MAFFINI, Rafael. Comentários – Artigos 1º -27 in Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei n° 13.303/2016/Jessé Torres Pereira Junior ... (et. Al.) – Belo Horizonte: Fórum, 2048, p. 33.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico. Guía de Buenas Prácticas sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas. Disponível em: <https://chile.diplomatie.belgium.be/sites/default/files/content/guiabuenaspracticasocde.pdf> Acesso em: 18.jan.2020.

ZENKNER, Marcelo. Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 370.