# A GESTÃO DE RISCO NOS CONTRATOS COMERCIAIS: ESTRATÉGIA OU COMPLIANCE?

## *RISK MANAGEMENT IN COMMERCIAL CONTRACTS: STRATEGY OR COMPLIANCE?*

10.29073/j2.v6i2.781

Receção: 06/07/2023 Aprovação: 29/07/2023 Publicação: 31/07/2023

Tatiane Barbosa Aires [a],

[a] World Compliance Association (WCA), contato@tatianeairesadv.com

**RESUMO**

Como se sabe, a avaliação dos riscos, ou mapeamento de riscos em *compliance*, é uma das etapas mais importantes da implantação de um programa de integridade. Isso porque é nela que se conhece todos os ricos potenciais e seus impactos no alcance dos objetivos pela empresa. O grande problema é que ainda se vê a gestão de riscos, no que tange aos contratos empresariais, como mera estratégia empresarial, e não como um pilar de um programa de *compliance*. Isto é, ainda se vê, na atualidade, o setor jurídico de uma empresa realizando a gestão estratégica de avaliação dos riscos dos contratos empresariais, mas sem haver a devida integração com o programa de *compliance* da empresa. Assim, a proposta deste artigo manifesta no contexto da efetividade de gestão de riscos das contratações nas instituições privadas e negociações com o setor público, no intuito de tornar as ações de identificação, análise e avaliação de riscos algo prático e aliado ao programa de *compliance*, gerando maior usufruto dos benefícios desta tão importante técnica.

**Palavras-chave**: Compliance Contratual; Gestão de Riscos; Gestão de Riscos nos Contratos; ISO 31010; ISO 37301

**ABSTRACT**

As it is well known, risk assessment, or compliance risk mapping, is one of the most important steps when implementing an integrity program. That is because it is in itself where all the rich potentials and their impacts on the achievement of the company's objectives are recognized. The great concern is that risk management, with regard to business contracts, is still seen as an only business strategy, and not as a pillar of a compliance program. In other words, the legal sector of a company is still currently seen today carrying out the strategic management of risk assessment of business contracts, but without proper integration within the company's compliance program. Therefore, the proposal of this article manifests itself in the context of the effectiveness of risk management inside private institutions and negotiations with the public sector, in order to perform the actions of identification, analysis and risk assessment something practical and allied to the compliance program, bringing on greater profits with the benefits of this important technique.

**Keywords**: Contractual Compliance; Risk Management; Risk Management in Contracts; ISO 31010; ISO 37301

## 1. INTRODUÇÃO

No mercado global, tem se tornado recorrente a preocupação com uma gestão estratégica das corporações públicas e privadas. Por este motivo, o mercado se vê cada vez mais impulsionado a adotar práticas efetivas de controle que agreguem valor junto aos *stakeholders* e ao desenvolvimento de uma cultura organizacional pautada pela gestão dos ricos decorrentes dos contratos pactuados.

Ora, as melhores práticas nos levam a crer que, ao analisar a organização em todos os seus ângulos, inclusive contratual e negocial, a partir do gerenciamento estratégico da empresa, os processos internos tornar-se-ão capazes de produzir resultados favoráveis aos integrantes do comitê de governança corporativo, seja jurídico, reputacional ou financeiro.

Contudo, o que se vê, na realidade, é a não aplicação de um sistema integrado de controle de riscos. Ao contrário: tem-se visto sistemas de controles internos e de riscos contratuais desalinhados ao programa de *compliance* da empresa, e tão somente monitorados pelo setor jurídico ou de controles da corporação.

E o questionamento que se faz é: o sistema de controles e de gestão de riscos contratuais aplicado apenas por uma mentalidade de gestão estratégica da governança — e não de implementação de programa de *compliance* —, ainda assim, trará efetividade prática ao sistema gerencial?

O que se verá, nas próximas linhas, no intuito de tornar as ações de identificação, análise e avaliação de riscos algo prático e favorável na

gestão empresarial, é que a efetividade do controle das contratações nas instituições privadas e negociações com o setor público está coligada ao devido alinhamento ao programa de *compliance* da corporação, gerando maior usufruto dos benefícios desta tão importante técnica.

## 2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DA GESTÃO DE RISCO NOS CONTRATOS

Com a evolução das relações de mercado, houve também o crescimento de preocupações quanto às relações empresarias e contratuais estabelecidas, bem como quanto à responsabilidade social e econômica sobre os contratos entabulados (Forgioni, 2020). O mercado percebeu que as suas relações, sejam elas públicas ou privadas, apresentavam riscos para si.

Ocorre que tais riscos precisavam de intervenções por meio de normas regulatórias do sistema e das relações de mercado, de forma a coibir a prática de irregularidades, tanto administrativas como legais, pelas empresas e pelos serventuários públicos.

Com essas preocupações gerenciais, e quanto às relações contratuais de mercado em foco, no ano de 1992, o COSO – *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* — publicou a obra intitulada "Controle Interno — Estrutura Integrada" (*Internal Control — Integrated Framework*), para o acompanhamento dos controles internos nas organizações com uma visão integrada da estrutura de governança (COSO, 2017).

A atual estrutura de gestão de riscos engloba o controle interno, sendo este, portanto, parte integrante do gerenciamento de riscos corporativos (COSO, 2017). Isto porque a publicação do COSO evidencia que, para haver gerenciamento eficaz de riscos, devem existir controles internos efetivos nas corporações de forma integrada à estrtura de governança.

Em resposta, a ISO — *International Organization for Standardization* — publicou, em 2009, a instrução ISO 31000, por meio da qual indicou procedimentos para a gestão dos diversos tipos de riscos que afetam as organizações, independente da sua razão social e tamanho. Posteriormente, foi atualizada por outras instruções, como a ISO 19600 (atual ISO 37301), as quais tinham por objetivo a formação da estrutura de controles de riscos dentro do programa de compliance (Forgioni, 2020).

Assim, visando combater os comportamentos das empresas e de agentes públicos que não observavam a conformidade, o gerenciamento de riscos contratuais também evoluiu com a publicação de leis, normas e convenções que versavam sobre o tema, tais como: FCPA — *Foreign Corrupt Practices Act*; OEA — Convenção interamericana contra a corrupção; OCDE — Convenção sobre o Combate à Corrupção; e o *UK Bribery Act* (Venturini, 2021).

Ademais, em atendimento às exigências da OCDE — Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, ocorreu a promulgação da Lei Anticorrupção (12.846/13) no Brasil, responsabilizando as empresas pelo gerenciamento dos riscos decorrentes de seus atos, relacionados aos seus contratos entabulados no mercado.

A Lei Anticorrupção buscou a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos e não conformes contra a administração pública, nacional ou estrangeira, bastando a ocorrência de culpa da empresa na fiscalização dos seus atos ou omissões, praticados por intermédio de seus colaboradores, inclusive os decorrentes de contratos, em licitação ou não.

Então, com a evolução da legislação nacional e internacional sobre gestão de riscos, o que é possível concluir? A resposta é simples: tornou tal gestão essencial para as corporações, desde que de forma integrada.

Veja que a necessidade de uma estrutura de gerenciamento de riscos corporativos, capaz de fomentar a cultura de controle sobre a não conformidade aos processos e à legislação regente no mercado interno e externo, tornou a estrutura integrada de controles essencial para qualquer empresa (Assi, 2021).

Em outras palavras, a necessidade de se implantar e manter a gestão integrada de controles e de

riscos das organizações, incluindo o setor contratual, é hoje uma exigência internacional e legal.

Ora, toda e qualquer empresa está exposta a riscos. Por isso, necessário se faz alinhar o apetite das organizações aos riscos do negócio para a efetividade da gestão dos riscos e dos controles nos contratos e nas legislações referentes (Neves, 2021).

## 3. A GESTÃO DE RISCO CONTRATUAL DENTRO DO SISTEMA DE CONTROLES

A gestão de riscos, dentro dos sistemas de controles, se refere a todos os instrumentos da organização destinados à fiscalização e que permitam gerir os atos que produzem reflexos patrimoniais, como nos contratos (Cordeiro, 2013).

Cordeiro (2013) esclarece que o gerenciamento de riscos consiste em tratar os riscos, mitigando ou eliminando aqueles mais críticos que dificultam o atingimento dos objetivos organizacionais, e potencializando os mais importantes, com vistas a identificar a melhor prática em se tentar evitar riscos.

Isso porque o processo de controle e monitoramento de eventos irá auxiliar na

identificação, análise e planejamento de novos riscos, seja no decorrer das ações ou em virtude de novas ocorrências nas relações comerciais e contratuais.

Assim, encontramos, no gerenciamento de riscos contratuais, uma ferramenta capaz de assegurar o cumprimento das leis, bem como de realizar a integração dos processos de gestão das contratações, trabalhando com a eficiência destes, para que atendam aos seus objetivos, e trazendo o menor grau possível de riscos à empresa.

Conforme o entendimento dos sistemas de controles, objetivando a segurança jurídica, operacional e de riscos dos contratos, a matriz de riscos é o instrumento gerencial adequado para tornar palpável a relação dos riscos envolvidos nos contratos (Assi, 2021).

A matriz apresentará a mensuração dos riscos relacionados com o cenário do contrato, a qual servirá de base para a revisão dos controles. Para Assi (2021), o estudo prévio de cenários, para posteriormente serem estudadas as fragilidades da implementação de controles, é a melhor prática de gestão.

Para o controle de situações, com relação às questões jurídicas e comerciais, é importante que o levantamento seja realizado por uma equipe multidisciplinar, com a entrevista de gestores e operadores relacionados com a cada fase do contrato. Isto é, na fase pré-contratual, na fase contratual propriamente dita e também na pós-contratual, quando nascem as obrigações e responsabilidades (Cordeiro, 2013).

Ou seja, a gestão e os controles devem estar presentes em todas as fases comerciais, jurídicas e operacionais dos contratos.

Na fase pré-contratual, ocorrerá o estudo do cenário que justificaria a contratação. Já na fase contratual propriamente dita, o estudo das situações que validaram a celebração do contrato. Por último, na fase pós-contratual, o estudo de deveres, os quais assumem importância não apenas jurídica, mas também, do ponto de vista reputacional (Cordeiro, 2013).

Nesse sentido, a gestão de contratos representa uma ferramenta para a consecução de dois objetivos finais: (i) o controle dos riscos estimados nas diferentes fases do contrato, de modo a guiar para as práticas de conformidades e prevenção de riscos relacionados a ilícitos, por exemplo; e (ii) a satisfação das partes envolvidas e a concretização dos resultados almejados pelo contrato pactuado (Cordeiro, 2013).

É certo que os contratos não conseguem prever todos os riscos que recaem sobre o objeto de cada instrumento, apesar de serem pensados para evitar ao máximo a ocorrência de efeitos indesejados. Porém, em sendo os contratos instrumentos hábeis à regulação de ações, direitos e obrigações das partes integrantes e dos efeitos a terceiros, tornar-se-á legitima a gestão dos seus riscos e reflexos para a empresa, de modo a

levantar o maior rol de eventos indesejados possível (Forgioni, 2020).

Isto é, os riscos contratuais podem recair sobre uma infinidade de processos, procedimentos e áreas da empresa, uma vez que se relacionam com questões obrigacionais, financeiras, legais, administrativas e de governança (Assi, 2021). Todavia, se, por um lado, o tratamento individual e sem estratégia dos riscos contratuais produzirá reflexos nas outras áreas ou procedimentos, por outro lado, o gerenciamento de riscos e mapeamento sistêmico e/ou integrado planejado possibilitará a adoção de tratamento mais individualizado, e por consequência, evitará o efeito cascata prejudicial à cadeia produtiva e em outras áreas da empresa.

Ora, uma vez identificados e mensurados os riscos (probabilidade v. impacto) de cada área da empresa, tornar-se-á possível o controle dos cenários e a identificação de oportunidades e prejuízos refletidos de um contrato pactuado pela empresa, a depender do plano de negócios, da área de atuação, e do "apetite" aos riscos e processos operacionais da organização.

Indo em frente no estudo, seguimos para a análise das relações comerciais e contratuais da administração pública. Para Fontenelle (2021), a administração pública é responsável por diversas atividades como serviços de saúde, previdenciários, compras, obras, financiamento de pesquisas, regulação da economia entre outros. No entanto, todas estas ações governamentais envolvem determinados graus de risco, seja na deficiência da prestação ou em virtude de não aproveitamento de oportunidades para evitar ou solucionar problemas.

Já em organizações sem fins lucrativos, geralmente, o risco é formalizado na incerteza de realização dos objetivos da instituição. Contribuindo com este entendimento, Assi (2021) e Fontenelle (2021) afirmam que o governo está sucessível a riscos em diversas atividades, tais como na função de proteger os direitos públicos, de propiciar condições para o crescimento econômico, preservar o meio ambiente, criar medidas para melhoria da saúde pública ou, ainda, oportunizar aperfeiçoamento na prestação de serviços governamentais.

Percebe-se que, no setor público, o sistema de controles possui uma função muito importante na gestão de riscos, aprimorando as atividades de gestão. Para Fontenelle (2021), ponderar os possíveis impactos dos riscos aos contratos públicos, traz, por consequência, uma adequada prestação dos serviços públicos, eis que poderá auxiliar na tomada de decisões para a adoção de providências, para evitar os riscos, mitigá-los, bem como para garantir a aplicação de planos de contingência para administrar os possíveis efeitos prejudiciais.

À vista disto, ao se implementar gestão de risco no âmbito da administração pública, deverão ser observadas melhorias na qualidade de serviços e eficácia de políticas públicas, além de se demonstrar melhores maneiras de se administrar em um ambiente de incertezas e recursos escassos (Fontenelle 2021).

Nota-se, por fim, que tanto nas organizações públicas como nas privadas, os adotantes de sistemas de gestão de riscos gozam de segurança jurídica em seus contratos, garantindo, assim, a continuidade do negócio.A segurança dos contratos nasce necessariamente da mitigação dos riscos e garantia das oportunidades, conforme mensurações e controles internos. Resta claro, portanto, que o gerenciamento de riscos contratuais sob a visão do campo de negócios exerce uma função estratégica.

## 4. A GESTÃO DE RISCO CONTRATUAL E O SISTEMA DE GESTÃO EM COMPLIANCE

Mas, ainda seria de tal modo, sem estar alinhado ao sistema de gestão em compliance, e sem aplicar as nuances da ISO 37301? E a resposta é simples: unir as duas ferramentas gerará vantagem competitiva e agregará valor ao negócio. O cumprimento das regras e regulamentos estabelecidos na ISO 37301, afinal, se alinha diretamente à proteção das empresas contra riscos que poderiam levar ao desrespeito às regras vigentes nas relações comerciais (Deloitte, 2003).

Consigna-se que a empresa adepta à gestão de qualidade poderá ter, ainda, mecanismos de prevenção a fraudes, desvios e outros ilícitos, garantindo a conformidade jurídica dos processos e, por consequência, evitando sanções administrativas e penais.

A questão é que, quando se fala nas ISO *Compliance* (37301) e Antissuborno (37001), sua aplicação permite um olhar para além do trabalho documental já desenvolvido nos contratos, manuais, códigos de conduta e políticas. Isto é, está pautando o sistema de conformidade num ciclo básico de gestão PDCA (*Plan — Do — Check — Act*), que ajudará na correção de eventuais falhas e no aprimoramento das práticas costumeiramente adotadas, rumo à melhoria contínua.

Dentro do ambiente corporativo, ou dos órgãos da administração publica (direta ou indireta), estar em *compliance* significa cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas às atividades, bem como prevenir, detectar e remediar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer (Deloitte, 2003).

A implementação de um programa baseado nos valores empresariais de ética e de conformidade, quando alinhada nos riscos adequadamente mapeados de forma integrada dentro da organização, é vetor de manutenção da regularidade e licitude dos processos de gestão.

Com isso, serão evitadas práticas de corrupção, fraudes, lavagem de dinheiro, dentre outros desvios, além da melhor alocação de recursos (humanos, financeiros e tecnológicos), aprimoramento de resultados e, finalmente, da gestão reputacional, impulsionando o *branding valuation*.

Desse modo, podemos dizer que a gestão de riscos dos contratos alivia o trabalho do *compliance* e facilita a sua implementação, sem causar grandes rupturas em todas as atividades da organização.

## 5. E NO BRASIL?

Mas, não obstante a conclusão de que a gestão dos riscos nos contratos alivia a gestão de um sistema de *compliance*, como fica a realidade prática das empresas brasileiras?

De acordo com o SEBRAE (dados recentes, publicados em abril/2017), 95% das empresas brasileiras são MPEs (micro e pequenas empresas) e familiares.

Dito isso, cabe perguntar: quantas operam na Bolsa de Valores Norte-Americana ou representam comercialmente os interesses de companhias daquele país, subtemendo-se à sua Lei Anticorrupção (FCPA)? E quantas possuem sede (ou, no limite de sua representação societária) no Reino Unido, ou realizam negócios com empresas nele estabelecidas, submetendo-se às disposições do UKBA? A grande minoria, com a absoluta certeza.

Assim, caberia a pergunta: Isso significaria que os estudos e práticas baseados na legislação internacional anticorrupção são inúteis aos nossos negócios? Não. Porém, conquanto esses atos normativos sejam guias úteis aos trabalhos de *compliance* desenvolvidos no Brasil, tais não conseguem absorver plenamente as necessidades de todas as nossas empresas.

Da mesma forma, em âmbito nacional, a Lei Anticorrupção e o Decreto nº 8.420/2015 não servem, isoladamente, à construção de um programa de *compliance* robusto e amparado por hábeis controles internos, e gestão de riscos nos contratos comerciais entabulados.

Por outro lado, é indiscutível o valor desses diplomas no resgate ético das organizações e do sistema de gestão integrada das corporações perante os riscos nos contratos comerciais, sejam elas grandes, PMEs ou familiares.

## 6. CONCLUSÕES

Em suma: uma organização não pode realmente ter um programa robusto de

gerenciamento de riscos nos contratos sem *compliance* — e vice-versa.

Nesse sentido, o *compliance* é a satisfação de todos os requisitos relacionados à gestão de riscos para o negócio entabulado em contrato e o cumprimento exemplar das normas e regras de

modo que a empresa não seja comprometida (Deloitte, 2003).

A integração entre gestão de risco, governança corporativa e *compliance* é resumida na GRC. Esse conjunto de conceitos se relaciona aos esforços da companhia para facilitar a unificação e a transparência de seus processos, com o objetivo de garantir que as políticas e os valores da empresa se alinhem satisfatoriamente.

As orientações gerenciais de mercado sobre a governança, riscos e *compliance* demonstram a relevância do tema em nível global. Diversas empresas, de diversos países e setores, têm sido investigadas pela prática de fraude, corrupção, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, legitimando a revisão (ou nascimento) de normas administrativas e legais de conformidade, com punições rígidas aos agentes infratores e aos envolvidos, ainda que indiretamente (Deloitte, 2003).

Uma abordagem integrada desses processos de governança, riscos e *compliance* promove o diálogo contínuo, uma cultura de suporte às regras, entre todos os setores envolvidos com o gerenciamento de deficiências e riscos contratuais da organização. E, assim, se permitirá a melhora do nível geral de transparência da companhia, com a identificação mais apurada das exigências e das ações que deverão ser efetivadas na implementação de um programa de conformidade, além de ajudar a reduzir as despesas financeiras.

A abordagem integrada de gestão de riscos ao programa de *compliance* pode ajudar as instituições públicas e privadas a se fortalecerem contra riscos futuros, bem como a antecipar o impacto das mudanças nas condições em relação às regulações que devem ser adotadas frente aos contratos entabulados (Deloitte, 2003).

Em outras palavras: a integração da gestão de riscos, da governança corporativa e do *compliance* é o pilar fundamental para o gerenciamento eficaz dos contratos de uma organização, seja ela pública ou privada,

E, no caso das empresas PMEs ou familiares no Brasil, apesar de os atos normativos não consiguirem absorver plenamente as necessidades de tais empresas, o diploma legal e internacional são guias úteis e de valor inestimável aos trabalhos de *compliance* e de sistema de gestão integrada de riscos desenvolvidos nas corporações do país.

## REFERÊNCIAS

Assi, M. (2021). *Gestão de Riscos com Controles Internos — Ferramentas, Certificações e Métodos Para Garantir a Eficiência dos Negócios* (2ª ed.). São Paulo: Saint Paul.

Cordeiro, C. M. R. (2013). *Auditoria interna e operacional: fundamentos, conceitos e aplicações práticas*. São Paulo: Atlas.

COSO. *Gerenciamento de Riscos Corporativos Integrado com Estratégia e Performance*. Recuperado de https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41825/8/Coso_potugues_versao_2017.pdf

Deloitte. (2003). *Lei Sarbanes-Oxley: guia para melhorar a governança corporativa através de eficazes controles Internos*. São Paulo: sem editora.

Fontenelle, R. (2021). *Implementando a gestão de risco no setor público* (2ª ed.). Belo Horizonte: Fórum.

Forgioni, P. (2020). *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação* (5ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Gomes, O. (2012). *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense.

Moreira, E. B. (2021). Lei Anticorrupção Brasileira (Lei n. 12.846/2013). In A. Carvalho, R. Bertoccelli, T. Alvim e O. Venturini, *Manual de Compliance* (3ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

## PROCEDIMENTOS ÉTICOS

**Conflito de interesses**: nada a declarar. **Financiamento**: nada a declarar. **Revisão por pares:** Dupla revisão anónima por pares.