



JUSTIÇA FEDERAL

Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

ESTUDOS SOBRE | **A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E O COMBATE À CORRUPÇÃO:**
DESAFIOS EM TORNO DA LEI N. 12.846/2013

RAUL ARAÚJO, EDILSON PEREIRA NORRE JÚNIOR E BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRA
COORDENADORES



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

ESTUDOS SOBRE **A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E O COMBATE À CORRUPÇÃO:**
DESAFIOS EM TORNO DA LEI N. 12.846/2013

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro João Otávio de Noronha

Presidente

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Vice-Presidente

Ministro Raul Araújo

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

Desembargador Federal Carlos Eduardo Maul Moreira Alves

Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes

Desembargadora Federal Therezinha Astolphi Cazerta

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt

Membros Efetivos

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Desembargador Federal Nery da Costa Júnior

Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza

Membros Suplentes

Juiz Federal Cleberson José Rocha

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora Executiva



JUSTIÇA FEDERAL

Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

ESTUDOS SOBRE **A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O COMBATE À CORRUPÇÃO:** DESAFIOS EM TORNO DA LEI N. 12.846/2013

Coordenadores:

Raul Araújo

Edilson Pereira Nobre Júnior

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Brasília, setembro de 2018.

Copyright © Conselho da Justiça Federal

Tiragem: 2.120 exemplares

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Raul Araújo – **Diretor**

Jaqueline Aparecida Correia de Mello – **Secretária**

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emilio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos – Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Elisa Maiby Carvalho Augusto – Estagiária

Projeto gráfico e diagramação

Helder Marcelo Pereira – Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Capa

Rayanne Marcelle Gomes Durso

Impressão

Seção de Serviços Gráficos

da Secretaria de Administração do CJF

E32 Estudos sobre a Administração Pública e o combate à corrupção: desafios em torno da lei nº 12.846/2013 / Coordenadores: Raul Araújo, Edilson Pereira Nobre Júnior, Bruno Leonardo Câmara Carrá. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.
189 p.

ISBN 978-85-8296-026-4

1. Administração pública, corrupção. 2. Compliance. 3. Responsabilidade administrativa. I. Araújo, Raul. II. Nobre Júnior, Edilson Pereira. III. Carrá, Leonardo Câmara. IV. Brasil. Lei anticorrupção (2013).

CDU 343.352

SUMÁRIO

Apresentação <i>Raul Araújo • Edilson Pereira Nobre • Bruno Leonardo Câmara Carrá Júnior</i>	7
Lei Anticorrupção – avanços e desafios: breve incursão a alguns de seus aspectos controvertidos <i>Alexandre Vidigal de Oliveira</i>	9
A Lei 12.846/2013 e a tutela do direito material coletivo da probidade na administração pública <i>Benedito Gonçalves</i>	32
Responsabilidade Civil e Lei Anticorrupção: uma crítica sistêmica da Lei n. 12.846/13 em seus efeitos civis <i>Bruno Leonardo Câmara Carrá</i>	44
A evolução do compliance : de sistema de gestão empresarial a instituto jurídico <i>Danielle Pinheiro Diógenes Lima</i>	59
Os programas de compliance na Lei n. 12.846/2013 e suas repercussões em uma sociedade de riscos <i>Edilson Pereira Nobre Júnior e Luísa Almeida Dubourcq Santana</i> ...	82
A Lei n 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a aplicação de suas sanções administrativas: anotação sobre as métricas, a dosimetria, a constitucionalização e os direitos humanos <i>Humberto Martins</i>	103
O programa de integridade e a análise da responsabilidade judicial objetiva prevista na Lei 12.846/2013 <i>Juliana Ramalho Lousas Cesarini</i>	115
Direito anticorrupção em rede e cooperação jurídica internacional <i>Marco Bruno Miranda Clementino</i>	134

A responsabilidade civil objetiva na Lei Anticorrupção <i>Otávio Luiz Rodrigues Junior e Bruno de Ávila Borgarelli</i>	145
A Lei Anticorrupção <i>Paulo Dias de Moura Ribeiro</i>	157
O acordo de leniência da Lei Anticorrupção e o seu controle <i>Rafael Soares Souza</i>	173

APRESENTAÇÃO

Desde o início, o pensamento ocidental emprega o termo corrupção como designativo da degeneração ou degradação da essência das coisas. Tema dos mais relevantes no pensamento de Aristóteles, por exemplo, era definida como fenômeno oposto à geração. Essa ideia é transmitida para sua clássica teoria das formas de governo, em que se discorre sobre como as chamadas formas puras de organização política – monarquia, aristocracia e democracia – poderiam dar lugar às modalidades degradadas – tirania, oligarquia e demagogia – em virtude da sobreposição dos interesses particulares sobre os públicos.

Os gregos antigos, por sinal, já aludiam à prática de recebimento de “presentes” (doron) por parte dos funcionários públicos, inclusive em suas famosas olimpíadas. Em Atenas, chegou-se até mesmo a criar um rudimentar sistema de prestação de contas (euthunê) para se exercer algum controle sobre a probidade desses agentes. Desde lá, portanto, percebem-se as implicações deletérias para a pólis daquele que deixa suas ambições particulares se sobrepor ao bem comum, conduta que encontra reprovação até mesmo em pensadores pragmáticos como Nicolau Maquiavel.

Tais exemplos servem para demonstrar que o problema da corrupção não é limitado a um povo, cultura ou contexto histórico em especial. Aparentemente, trata-se de uma chaga inerente ao ser humano e presente em qualquer forma de coletividade.

Os efeitos nocivos da corrupção são amplamente conhecidos. Além daqueles de ordem moral ou ética, cabe lembrar também suas implicações econômicas, seja por aumentar as desigualdades sociais, o que contribui para geração de outros problemas como a alavancagem da violência, seja por ser um dos fatores que aumentam o chamado custo-país, desestimulando o investimento e a geração de empregos.

É imperioso, assim, por força de tais motivos práticos, realizar um permanente e efetivo combate às várias formas de corrupção existentes na sociedade. Nesse contexto, desde a última década do século XX, o Direito brasileiro vem operando na edição de uma série de leis tratando do combate à corrupção sob as mais diferentes formas de atuação. Dentre elas, podem ser citadas a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), a Lei do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/92), a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), a Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores (Lei n. 9.613/98 alterada pela Lei n. 12.683/12) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13).

Todos esses diplomas legais refletem, igualmente, os compromissos in-

ternacionais assumidos pelo Brasil com um sistema de **compliance**, trilhando esforços para o enfrentamento da corrupção, com abrangência, inclusive, do setor privado da economia.

Com o objetivo de completar o ciclo legislativo mencionado, o Executivo encaminhou, no ano de 2010, projeto de lei ao Congresso Nacional dispendo sobre a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas de Direito Privado envolvidas em práticas de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Suprindo, com isso, a lacuna existente e inserindo o Brasil no contexto dos países com uma das legislações mais avançadas em relação ao assunto, veio a ser editada a Lei n. 12.846/13, cuidando de institutos como os acordos de leniência, os programas de integridade (**compliance**) e o estabelecimento de sanções amplas para as empresas envolvidas na prática de atos de corrupção.

Noutro giro, apesar de extremamente benfazejos os efeitos das normas citadas para a geração de uma cultura de honestidade e transparência no mundo público e empresarial, não se pode deixar de considerar que sua aplicação deve ser feita com respeito aos direitos dos acusados e pautada pela noção mesma de razoabilidade inerente às decisões do Poder Judiciário.

Passados cinco anos de complementação do circuito normativo e considerando todos os acontecimentos havidos no País desde então, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal traz a público este volume específico de suas edições, reunindo uma série de artigos de magistrados, professores e advogados abordando, sob o ponto de vista doutrinário, o que já foi feito e os desafios ainda a superar no tocante à aplicação da Lei n. 12.846/13.

Com isso, procura-se fomentar o debate profícuo sobre tema da maior relevância para a comunidade jurídica e para o próprio futuro da Nação.

Os coordenadores do presente estudo desejam, então, agradecer a todos quanto contribuíram para sua realização, em especial aos articulistas que, com dedicação, encaminharam trabalhos de elevada qualidade, convertendo neste excelente resultado material o projeto inicialmente idealizado.

Boa leitura a todos!

Brasília-DF, setembro de 2018.

Raul Araújo • Edilson Nobre • Bruno Carrá
Coordenadores

Lei Anticorrupção – avanços e desafios: breve incursão a alguns de seus aspectos controvertidos

Alexandre Vidigal Oliveira¹

1 APROXIMAÇÃO AO TEMA

A Lei 12.846, de 1º/8/2013, conhecida como Lei Anticorrupção – LAC, regulamentada pelo Decreto 8.420, de 18/3/2015, traduz um importante avanço na complementação de um sistema² normativo de definição de medidas e instrumentos necessários a viabilizar o alcance de uma maior efetividade no enfrentamento e na resposta estatal a desvios decorrentes de práticas ilícitas na relação público-privada.

Após quase cinco anos de sua edição³, e mesmo considerando-se a limitação temporal da responsabilização civil e administrativa aos ilícitos praticados após 28 de janeiro de 2014, data de sua vigência, a Lei Anticorrupção já tem produzido alguns importantes resultados na resposta aos atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas contra a administração pública, nisso cabendo reconhe-

1 **Coordenador do Centro Judiciário de Conciliação da SJDF, Juiz Federal em Brasília-DF e doutor em Direito pela Universidad Carlos III de Madrid/UNB.**

2 Pode-se considerar integrante do arcabouço normativo de proteção à coisa pública, além do Código Penal, dentre outras, em ordem cronológica, a Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei 1079/50, a Lei da Ação Popular – Lei 4717/65, a Lei da Ação Civil Pública – Lei 7347/85, a Lei do Código de Ética dos Servidores Públicos – Lei 8027/90, a Lei do Regime Jurídico Único – Lei 8.112/90, a Lei da Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92, a Lei Orgânica do TCU – Lei 8443/92, a Lei das Licitações – Lei 8666/93, a Lei do Pregão – Lei 10.520/02, a Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar 135/10, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC – Lei 12.462/11, a Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/11, a Lei da Lavagem de Capitais – Lei 12.683/12, a Lei do Conflito de Interesses – Lei 12.813/13, e a Lei das Organizações Criminosas – Lei 12.850/13, a nova Lei das Estatais – Lei 13.303/16.

3 A Lei 12.846/13 foi sancionada em 1º/8/2013 (DOU 2/8/2013).

cer sua destacada aplicação no âmbito federal. Com relação aos Estados, é ainda discreta a observância à Lei Anticorrupção, e, quanto aos municípios, tem sido quase imperceptível sua aplicação, salvo quanto às grandes cidades.

Para a devida compreensão da Lei Anticorrupção, seu campo de abrangência, seu alcance e limites, é indispensável saber que se está diante de uma norma cível e administrativa, e que contempla responsabilização exclusivamente daquelas mesmas naturezas. Embora possa parecer óbvio esse registro, não raro se tem observado a indevida e inadvertida menção da Lei 12.846/13 no contexto do campo penal, como se tratasse de uma norma desse conteúdo. Tal equívoco certamente deriva da própria denominação dada à Lei 12.846/13 como “Lei Anticorrupção”⁴.

Mas não se pode olvidar que esta norma nada tem de norma penal. Na verdade, o nome que associa a Lei 12.846/13 ao termo “corrupção” tem uma abrangência maior do que as especificidades que são próprias do tipo penal de mesma denominação, e tem a virtude de facilitar a percepção social de seu desiderato pois aquele termo é de comum conhecimento popular, nisso estabelecendo uma comunicação direta e sem dificuldades daquilo que objetivou, e que foi o intento em se criar mais um instrumento reativo às condutas ilícitas praticadas contra a administração pública, mas, agora, com foco concentrado na responsabilização da pessoa jurídica.

A adoção do termo “corrupção”, portanto, tem uma dimensão mais elástica, “no sentido amplo da expressão de modo a atingir todos os campos de atuação da administração protegendo-a das ofensivas de quem pretenda obter ou alcançar resultado indevido e ilícito” (DIPP; CASTILHO, 2016, p. 40-41).

Outros termos também têm sido utilizados para se referir à Lei 12.846/13, podendo-se citar a respeito sua denominação como sendo “Lei da Probidade

4 Essa denominação “Anticorrupção”, porém, nem ao menos corresponde ao nome oficial de indexação da Lei 12.846/13. Essa indexação oficial, e que é definida como “ementa” pela Lei Complementar 95/98, em seu art. 5º, e “sob a forma de título”, identifica corretamente a Lei 12.846/13 como sendo a lei de responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas. A denominação “Lei Anticorrupção” foi a utilizada para identificá-la durante sua tramitação no Congresso Nacional, além de ser este o nome que vem sendo adotado comumente pelos operadores do Direito.

Empresarial”⁵, “Lei da Empresa Limpa”⁶ ou “Lei da Anticorrupção Empresarial”⁷.

A Lei 12.846/13 revela grande mérito pela responsabilização direta que direciona às pessoas jurídicas, inclusive as “estatais”⁸, em suas relações ilícitas com o setor público. Até sua vigência, e salvo pontualmente como nos casos de ilícitos específicos como o fiscal, ambiental, do consumidor, da concorrência, da regulação, do sistema financeiro, das licitações e contratos, ou esporádica e reflexamente, nos ilícitos capitulados como de improbidade administrativa, da Lei 8.429/92⁹, as pessoas jurídicas se encontravam alheias às consequências de suas práticas desviantes ou, quando muito, as suportavam de modo bastante discreto, brando e até mesmo desproporcional aos benefícios substancialmente obtidos com os ilícitos praticados.

Aproveitando-se de institutos sancionadores de outras leis, assim como de instrumentos de prevenção, apuração, responsabilização e solução para os ilícitos praticados pelas empresas e também já previstos em nosso ordenamento jurídico, como a responsabilidade objetiva e o acordo de leniência da Lei 12.529/11 (Lei do Cade), e os programas de integridade/*compliance* da Lei 9.613/98 (Lei dos Crimes de “Lavagem de Dinheiro”, com as alterações introduzidas pela Lei 12.683/12), a Lei 12.846/13 acabou dando-lhes nova roupagem, adaptando-os às especificidades que objetivava alcançar.

Uma das novidades da LAC foi a sanção civil de “dissolução compulsória da pessoa jurídica”, imposta exclusivamente em juízo, prevista em seu art. 19, III. Trata-se de medida extrema que atualmente não encontra semelhança no Direito

5 Esta a denominação utilizada pelo jurista Fábio Medida Osório, podendo-se mencionar a respeito excelente artigo de sua autoria “*Proibidade Empresarial: Lei 12.846/13*”, publicado na Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, v. 1, p. 253-278, 2014.

6 Expressão mencionada pelo jurista Modesto Carvalhosa (2014). O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle – Controladoria Geral da União também se utiliza desta denominação.

7 Termo usado por Márcio de Aguiar Ribeiro, e que empresta denominação ao título de sua obra *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial* (2017).

8 A aplicação da Lei 12.846/13 às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias dá-se direta e expressamente pela Lei 13.303/16 – a nova Lei das Estatais –, por seu art. 94, e que faz ressalva daquele alcance da Lei 12.846/13 quanto aos incs. II, III e IV, do seu art. 19.

9 A responsabilidade da pessoa jurídica com base na Lei de Improbidade Administrativa já restou definida pela jurisprudência, como bem elucidada, dentre outros, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.038.762-RJ, ao afirmar que “5. O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos”. (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 18/08/2009, DJe 31/8/2009).

brasileiro¹⁰, podendo-se ter alguma discreta comparação dessa providência com a previsão do art. 21, III, do revogado Código Civil de 1916, e que tratava do término da existência da pessoa jurídica quando incorresse em atos opostos aos seus fins ou atos nocivos ao bem público, podendo também aquele instituto ter alguma sutil aproximação com a liquidação extrajudicial das instituições financeiras, quando gravemente violadas as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, na forma do art. 15, I, “b”, da Lei 6.024/74, em ambas hipóteses, porém, realizadas extrajudicialmente.

Uma necessária observação a se fazer na breve contribuição deste texto ao debate de um assunto tão relevante é a pouca e quase despercebida menção ao posicionamento que os tribunais vêm definindo sobre o tema. Por sua recente implantação no ordenamento jurídico brasileiro, são pouquíssimas as abordagens do tema pelo Judiciário, encontrando-se o protagonismo de seu conhecimento e aplicação concentrado, atualmente, nas autoridades administrativas e no Ministério Público.

2 BREVE ANÁLISE CRÍTICA

Embora não seja a Lei 12.846/13 uma norma de primoroso conteúdo e sistematização, pois repleta de imprecisões, dúvidas e até contradições, seguramente fruto da resposta célere que era exigida do Estado à época de sua edição, ou mesmo da conveniência política que a cercava naquele mesmo momento, não se pode deixar de reconhecer que o país teve considerável conquista com a Lei 12.846/13, até mesmo no intento de tornar efetivos compromissos internacionais assumidos com a OCDE (Decreto 3.678, 30/11/2000), pela Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (Decreto 4.410, 7/10/2002) e pelo Tratado de Mérida-Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto 5.687, 31/1/2006).

E, dentre outras virtudes, talvez a mais destacada tenha sido o novo paradigma de conscientização inaugurado pela Lei 12.846/13, no sentido de despertar o empresariado brasileiro com atuação no país e no exterior, ou o empresariado multinacional que aqui atua, a observar lisura e comprometimento de integridade em suas relações negociais com o Estado, em um ambiente com a necessidade de práticas empresarias escoradas na cultura da honestidade.

¹⁰ Sobre tal afirmação cabe considerar que as disposições dos arts. 50, 51, 1033, 1044 e 1051 do Código Civil/2002 não têm a mesma natureza jurídica que o instituto da dissolução compulsória da Lei Anticorrupção, ora tratada.

Claro que, em uma sociedade ideal, o apelo da honestidade deveria ser despertado como um compromisso consciente, quase que impregnado no DNA das pessoas jurídicas e como ressonância deste mesmo DNA de honestidade de seus empreendedores e dirigentes. No mundo real, porém, não sendo essa a realidade compartilhada, dá-se a necessidade do rigor da lei a punir condutas e práticas que violam a retidão nas relações público-privadas, retidão esta exigida como conformação do apelo comum a valores éticos, e nisso com a correspondente projeção intimidadora, própria das normas sancionadores.

Assim, não se pode deixar de reconhecer a importante mudança de mentalidade que deve emergir da Lei 12.846/13, e pelo recado que evidencia, de se exigir honestidade das empresas sob pena de, não se inclinando a esse valor, ser muito grande o risco de suportarem elevadas sanções por seus desvios.

Em uma análise mais ampla, a Lei 12.846/13 passou a tratar da outra ponta que liga a relação público-privada, na medida em que, para o agente público infrator, corrupto, ímprobo, desleal ou mesmo apenas desidioso no cumprimento dos seus deveres funcionais naquela relação, já havia um sistema sancionador e punitivo bastante vasto e a exercer seu papel intimidatório-repressivo, em um acervo normativo de cerca de dezena de leis, todas a preverem as mais diversificadas situações de condutas irregulares, com as correspondentes sanções, mas que o tempo incumbiu-se de demonstrar que não foram suficientes em formar um eficiente escudo a evitar práticas ilícitas de violação aos princípios constitucionais da administração pública, da sangria de recursos públicos e do mal-ferimento à sociedade.

Para os agentes privados que se permitiam entregar a práticas ilícitas havia também um aparato sancionador, de regra no âmbito penal, como, dentre outros, o crime de corrupção ativa, a oferecer alguma resposta repressiva. Era necessário, portanto, não mais limitar a responsabilização por ilícitos ao CPF, mas também implementá-la, com o mesmo ou maior vigor, ao CNPJ.

Não é difícil, portanto, reconhecer elevados méritos na Lei Anticorrupção, a desencadear esperado impacto em um novo modelo na relação público-privada, marginalizando a prática, até então aparentemente tolerada pelas empresas, de desvios no trato com a coisa pública, e como se fosse uma realidade intrínseca à sua própria sobrevivência no mercado.

Mesmo virtuosa a Lei Anticorrupção, nem por isso pode-se deixar de reconhecer algumas inconsistências bastante consideráveis nesse novo modelo

de responsabilização empresarial, algumas delas objeto desta breve exposição, como a seguir se anotar.

Aliás, na recente experiência brasileira com a aplicação da Lei 12.846/13, nem ao menos se teve a oportunidade de conhecê-la e aplicá-la em um necessário processo de aprendizado e evolução gradual e paulatino. Ao contrário, na realidade brasileira, o trato e o aprendizado com a Lei Anticorrupção vêm operando-se em um ambiente de elevada complexidade, atingindo grandes e importantes empresas nacionais e internacionais, com as naturais dificuldades e desafios que surgem dessa inversão do processo de evolução natural das coisas, de um conhecimento, aprofundamento e especialização passo a passo, e a revelarem até mesmo um aparente cenário de improvisação, com os riscos que lhes são inerentes, como a insegurança e instabilidade nos efeitos almejados por esta nova e importante realidade de responsabilização nas relações público-privadas¹¹.

Não se pode desconsiderar que alguns temas bem específicos da Lei Anticorrupção, como o acordo de leniência e os programas de integridade-*compliance*, é que têm despertado maior atenção dos estudiosos e do próprio mundo empresarial. Outros temas, porém, estão a desafiar o necessário interesse para o devido conhecimento e aperfeiçoamento na aplicação da norma no plano de sua concretização, efetividade e segurança jurídica, embora pareçam passar despercebidos nos estudos deste relevante e atual assunto.

Algumas dessas questões serão apresentadas, portanto, pontual e brevemente, na sequência da exposição deste sucinto estudo do tema.

3 A TIPICIDADE¹² ANTICORRUPÇÃO

Questão que merece a necessária atenção, e que pode passar despercebida, é a que diz respeito aos fatos que a Lei 12.846/13 buscou alcançar para fins de responsabilização das pessoas jurídicas.

11 Exemplo deste cenário de aparente falta de segurança e estabilidade dá-se com relação às instituições públicas titulares de adoção das medidas de responsabilização, como, no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, e cujas competências não raro, como nos casos do Acordo de Leniência, se estabelecem de modo concorrente, com sobreposição de atribuições, e sem que se delimite o campo de atuação específico de cada uma, resultando em um ambiente de desconfiança das pessoas jurídicas infratoras dispostas a se utilizarem daquele instrumento de colaboração compensatória.

12 Em temas de Direito Administrativo alguns autores preferem referir-se à identificação ou correlação do fato a uma hipótese ilícita como sendo “enquadramento administrativo”, em vez de utilizar-se da expressão “tipificação”, como esclarece Márcio de Aguiar Ribeiro (2017, p. 157-158).

Desde logo, cumpre afirmar que a Lei Anticorrupção delimitou seu alcance aos atos que se configuram ao mesmo tempo ilícitos e lesivos. A configuração isolada de uma ou outra daquelas características de ilicitude ou lesividade do ato não é suficiente ao aproveitamento da Lei Anticorrupção.

Aliás, ainda neste ponto específico daquilo que seria a “tipificação” pretendida pela lei, cabe registrar a grande imprecisão que traz, ora referindo-se a atos “ilícitos”, ora a atos “lesivos”, em uma despreocupação terminológica que não considerou a necessária distinção e desconexão jurídica que há entre uns e outros, sendo razoável se afirmar, em um elevado esforço de síntese, ser a “ilicitude” centrada na ideia do modo como se opera a conduta, ou seja, sua adequação à lei, ao tempo em que a “lesividade” remete à ideia da repercussão própria e específica da conduta, isto é, ao plano do dano causado pela conduta.

“Ilicitude” e “lesividade” exprimem, portanto, institutos jurídicos distintos, sendo inconfundíveis, de modo que nem todo ato ilícito é um ato lesivo e nem todo ato lesivo é um ato ilícito, embora um mesmo ato possa ser, ao mesmo tempo, ilícito e lesivo, como também lícito e lesivo, ou mesmo ilícito e não lesivo.

No caso da Lei Anticorrupção, embora o legislador tenha optado por um modelo de reprovação dos atos ao mesmo tempo ilícitos e lesivos, a confusão normativo-jurídica, ou mesmo o descuido da técnica legislativa, é evidenciadamente perceptível quando a lei menciona como “lesivas” as condutas de “prometer”, tipificada no inc. I daquele art. 5º, e de “procurar afastar” no inc. IV, “c”, do mesmo artigo, e que não traduzem propriamente uma carga de lesividade, mas sim de ilicitude.

Mesmo no que tange ao alcance dos atos ilícitos e lesivos objetivados pela Lei Anticorrupção, nota-se que as hipóteses do *caput* do art. 5º, ao reportarem-se aos atos que “atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro”, “contra princípios da administração pública” ou “contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”, restam limitadas e absorvidas pelas hipóteses “definidas” nos incs. I a V, do mesmo art. 5º, estas sim as que configuram a possibilidade de alcance da Lei Anticorrupção, ou seja, nestas é que se firma, específica e se esgota a tipificação das ocorrências a autorizarem a responsabilização das pessoas jurídicas pela Lei Anticorrupção, e, por isso mesmo, consubstanciando-se em um rol taxativo, exaustivo, e não apenas meramente exemplificativo, e que pudesse, neste último caso, permitir o alcance a situações não identificadas com aquelas expressamente descritas nos incs. I a V.

Pode-se até sustentar que, no âmbito do direito administrativo sancionador, não se deve impor o mesmo rigor da tipificação cerrada ou estrita, própria da norma penal, o que comportaria se admitir certa flexibilização na tipificação dos ilícitos administrativos e, nisso, podendo-se reconhecer as hipóteses do *caput* do art. 5º como suficientes a deflagrarem a responsabilização da pessoa jurídica.

Não obstante, e ainda que se possa reconhecer essa certa margem de flexibilização interpretativa para as sanções administrativas, no caso específico da Lei 12.846/13, essa tolerada interpretação flexibilizada deverá situar-se e limitar-se às próprias hipóteses descritas nos incs. I a V do art. 5º, e não nas contidas em seu *caput*, pois foi este mesmo e próprio *caput* que restou por definir as condutas reprováveis ou os fatos puníveis, delimitando-os assim, expressa e explicitamente, em uma notória dimensão inclusiva, com a consequente exclusão das hipóteses que não foram inseridas naquele conjunto da tipificação definida.

Não se desconhece que essa dimensão tipificadora restritiva e taxativa limitada às hipóteses dos incs. I a V do art. 5º tem encontrado na doutrina certa mitigação, como bem revela a posição adotada por Márcio de Aguiar Ribeiro, que, mesmo afirmando tratar-se de um rol taxativo e não apenas exemplificativo, ainda assim admite a possibilidade de que a violação aos propósitos definidos no *caput* podem, também, levar à responsabilização da pessoa jurídica, sobre isso anotando:

Ao seu turno, esse mesmo conjunto de valores legalmente tutelados fundamentará a possibilidade de uma leitura globalizante do enquadramento dos fatos às correspondentes hipóteses infracionais. Assim, muito embora os ilícitos tenham sido elencados em rol taxativo *numerus clausus*, verifica-se a existência de um vetor normativo, que se extrai do próprio dispositivo em tela, que permitirá uma maior abrangência da subsunção dos fatos à norma, e esse raciocínio se fundamenta na própria redação do preceito legal, uma vez que nos termos do *caput*, do art. 5º, da LAC, constituem atos lesivos à Administração Pública todos aqueles atos praticados por pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da Administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

É justamente na compatibilização lógico-normativa entre o texto do *caput*, de teor abrangente (todos os atos que atentem contra determinados bens e valores), e a redação legal dos ilícitos elencados ao longo dos incisos correspondentes, que se pode fundamentar uma maior extensão do enquadramento legal a ser operado em face dos fatos em apuração. O entendi-

mento esboçado é reforçado pelas lições de Marcelo Caetano, para quem, na seara do Direito Administrativo Sancionador, os tipos descritos em lei devem ser entendidos como preceitos indicativos, normas de orientação, que funcionam como padrão ao intérprete, porquanto o que individualiza a infração é o dever infringido ou a proibição violada, de maneira que nem sempre haverá absoluta correspondência entre a hipótese prevista na lei e o fato cometido pelo agente. (RIBEIRO, 2017, p. 160)

Essa mesma imprecisão quanto ao reconhecimento de serem meramente exemplificativas ou serem exaurientes as hipóteses descritas no art. 5º é também destacada por Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho, com a advertência de que a dúvida resultante somente será afastada com a manifestação do Poder Judiciário (DIPP; CASTILHO, 2016, p. 42-43).

Não obstante as posições em contrário, a rigor, e em razão das vinte e quatro condutas “incriminadoras” contidas nos incs. I a V do art. 5º, a capitulação genérica contida em seu *caput* resta por traduzir-se em disposição prescindível da lei, tendo sido desnecessário seu conteúdo, pois “atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro”, “contra princípios da administração pública” ou “contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” somente terá relevância para fins de responsabilização pela Lei Anticorrupção se constatada a prática de condutas específicas que se identifiquem com uma das mencionadas hipóteses definidas, determinadas e delimitadas contidas nos incs. I a V do mencionado art. 5º.

Neste contexto, aliás, não é demasiado lembrar que, inserindo-se a Lei 12.846/13 no campo do Direito Administrativo sancionador, e com sua proximidade aos desígnios punitivos do Direito Penal, seu processo interpretativo está a exigir mais a cautela restritiva do que o arrojo ampliativo, próprio da interpretação extensiva.

4 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL/JUDICIAL

Questão de relevante registro ao estudo e debate da responsabilização civil/judicial é saber se a lei conferiu às autoridades legitimadas – Ministério Público e Advocacia Pública – alguma margem de opção para aplicação das sanções previstas nos incs. I a IV do art. 19.

Conquanto o *caput* do art. 19 se refira a uma faculdade conferida àqueles

legitimados, dispondo que “poderão” ajuizar ação com vistas à aplicação das respectivas sanções de mesma natureza civil, a leitura atenta do mesmo dispositivo, e, quando considerados o inc. I – perdimento de bens – e o inc. III e § 1º – dissolução compulsória da pessoa jurídica –, leva à necessária constatação de que nesses casos não haverá escolha da autoridade para a ação judicial, e sim o dever legal de atuação dos respectivos entes, tal seja, uma atuação vinculada. Essa conclusão impõe-se extrair do próprio texto legal.

No caso do inc. I, a sanção encontra-se definida nestes termos: “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”.

Pelo conteúdo ora anotado, bem se vê que restou estabelecida uma exigência legal de perdimento de bens e direitos da pessoa jurídica quando estes lhe são incorporados em razão da infração. Neste caso, a norma estabeleceu uma repercussão legal expressamente sancionatória, o perdimento, quando verificada a antecedente e completa hipótese de causa e efeito, consubstanciada no cometimento da infração e do ganho ou benefício daí advindo.

E, quanto à dissolução compulsória, contida no inc. III, a obrigatoriedade dessa providência em juízo decorre dos fatos constatados nos incs. I e II do mesmo § 1º:

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.

Sem maior esforço, depreende-se das duas hipóteses descritas acima que elas trazem conteúdo exaustivo de conduta, modo e finalidade, componentes estes que, verificados conjuntamente, resultam na necessária consequência de se “determinar” a dissolução compulsória, não havendo espaço para juízo discricionário a respeito.

Assim, configuradas as ocorrências do inc. I e do § 1º do art. 19, não haverá margem para a autoridade legitimada perquirir do cabimento ou não em buscar judicialmente as correspondentes sanções. Estas são medidas que se impõem, podendo até mesmo implicar a responsabilização administrativo-funcional pela eventual inércia na adoção daquelas providências.

Por sua vez, quando consideradas as sanções dos incs. II – suspensão ou interdição temporária – e IV – proibição de benefícios em créditos públicos – do art. 19, aí sim a discricionariedade se faz presente.

E neste ponto, para que tais penalidades não fiquem ao inteiro alvedrio da autoridade, com o risco dos excessos ou omissões que daí podem advir, com suas graves consequências funcionais e até criminais, pela avaliação contrária ou mesmo diversa que lhes venham dar os órgãos de controle externo, uma alternativa segura é aproveitar, para a aplicação ou não daquelas sanções, e mesmo de sua fixação temporal, os parâmetros disponibilizados para a escolha e correspondente mensuração das sanções administrativas, contidos no § 1º do art. 6º, como a «peculiaridade do caso concreto», a «gravidade» e a «natureza das infrações», bem como das circunstâncias específicas para a dosimetria daquela sanção administrativa, e elencadas nos oito incisos do art. 7º.

É bem verdade que a distribuição temática contida na Lei 12.846/13 pode mesmo levar à suposição de que os parâmetros encontrados nos arts. 6º e 7º são restritos às sanções administrativas, pois somente estas estão no Capítulo III, e não se aplicando para as sanções cíveis/judiciais que estão no Capítulo VI. De todo modo, e considerando-se a necessidade de adoção de uma interpretação sistemática da Lei 12.846/13, pela ideia de conjunto e consequente compatibilidade que deve haver entre suas disposições como integrantes de um mesmo todo, em razão do escopo único que a justifica, evidencia-se ser adequado adotar-se os critérios da sanção administrativa para se definir os critérios da sanção civil, do art. 19.

A confirmar a necessidade dessa conjugação e aproveitamento das normas da Lei 12.846/13 como elementos de um mesmo e só conteúdo, toma-se de exemplo o “acordo de leniência” e que se encontra no capítulo V da lei, logo na sequência dos capítulos que tratam especificamente da responsabilização administrativa e suas sanções. Por outro lado, a responsabilização cível, ou judicial, encontra-se no capítulo VI, o que poderia sugerir não pudessem as respectivas sanções ser objeto da compensação a que se propõe o acordo de leniência, o que, na verdade, seria um despropósito, pois os objetivos daquele instrumento de cooperação compensatória, e que visam à identificação de outros envolvidos e à celeridade da instrução do processo administrativo de apuração do ilícito, como definido nos incisos do art. 16, também alcança a responsabilização civil/judicial, inclusive com isenção da sanção respectiva, como dispõe o § 2º do mesmo art. 16.

5 NATUREZA JURÍDICA DOS VALORES DA MULTA E DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO INADIMPLIDOS

As repercussões financeiras a serem suportadas pela pessoa jurídica são a imposição da multa e a decorrente do dever de reparação integral do dano.

A aplicação da multa está prevista no art. 6º, I, da LAC e dar-se-á em razão das “peculiaridades do caso concreto” e da “da gravidade e da natureza”, consoante definido em seu § 1º. Sua dosimetria deverá considerar os parâmetros descritos no § 6º daquele mesmo artigo.

Pode haver a imposição da outra sanção administrativa – a de publicação extraordinária da decisão condenatória –, bem como de sanções cíveis, sem que haja motivo para aplicação da sanção de multa, pois as sanções são impostas cumulativa ou isoladamente, como definido no § 1º do art. 6º, podendo-se reconhecer que haja certa dose de discricionariedade na aplicação da multa.

A obrigação de reparação integral do dano, por sua vez, é uma exigência legal que não comporta discricionariedade, impondo-se inclusive observância autônoma e independente das sanções administrativas e civis, como se constata dos arts. 6º, § 3º, 13 e 16.

Os valores da multa e da reparação integral do dano são apurados e definidos em procedimentos próprios, seja pelo Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, no caso da multa, seja em processo administrativo específico, no caso da reparação integral do dano, mas podendo ambas apurações serem procedidas conjuntamente no PAR, consoante se infere do art. 13.

Fixados os valores da multa e da reparação integral do dano, pela repercussão patrimonial do ilícito, tais montantes, se não pagos, serão inscritos em dívida ativa da Fazenda Pública, constituindo-se em crédito fiscal, como definido pelo parágrafo único do art. 13, cobrado com os privilégios da execução fiscal, na forma da Lei 6.830/80, traduzindo-se em benefício adequado e justificável ao interesse público para a pronta satisfação dos montantes devidos.

Por outro lado, é importante observar que a fixação dos valores da multa e da reparação integral do dano pode também ser definida no Acordo de Leniência, com base nos §§ 2º e 3º do art. 16. Mas neste caso, o inadimplemento das referidas obrigações pecuniárias, em vez de constituírem-se em título da dívida ativa, resultarão na constituição de título executivo extrajudicial, na forma do art. 585, II, do CPC/73 (NCPC, art. 783, II, III e IV), por força do previsto no art. 37 do Decreto 8.420/15, que regulamentou a Lei 12.846/13.

Esta situação, embora esteja passando despercebida pelos estudiosos do tema, revela uma patente incongruência da norma, pois, a natureza do crédito da multa e do valor da reparação integral do dano não devem ser definidos em razão do instrumento de suas apurações e fixações, tais sejam, o PAR – Processo Administrativo de Responsabilização ou o Acordo de Leniência, mas sim em razão da natureza que a própria lei definiu para aqueles créditos.

E, quanto a isso, tendo a lei definido ser de natureza fiscal o crédito resultante daqueles valores inadimplidos, como consta do art. 13 da Lei 12.846/13, não caberia à norma regulamentadora dispor de modo diverso, e, assim o fazendo, e sem maiores dificuldades de compreensão, resta claro que se está diante de uma incompatibilidade normativa, e a revelar o flagrante vício que, neste caso, deriva da norma regulamentadora, aliás, em patente prejuízo ao crédito público.

6 ACORDO DE LENIÊNCIA – DELIMITAÇÃO MATERIAL E FORMAL – A INDEVIDA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Em uma menção elucidativa, pode-se compreender o Acordo de Leniência como sendo um instrumento de colaboração instrutória calcado em uma tolerância condicional e compensatória, e que objetiva atender a interesses mútuos tanto da administração pública/sociedade como da pessoa jurídica infratora.

Uma prática que tem sido observada nos Acordos de Leniência é sua submissão à homologação judicial¹³, uma providência, a rigor, imprópria e desnecessária, e até mesmo passível de comprometimento aos efeitos objetivados no modelo contemplado pela Lei 12.846/13.

A Lei 12.846/13, ao tratar do Acordo de Leniência em seu art. 16, delimitou sua convalidação à celebração entre as partes envolvidas: de um lado, a pessoa jurídica infratora; do outro, o poder público, representado por autoridade administrativa. As disposições contidas no art. 16, por seu *caput* e parágrafos, em momento algum remeteu a validade e eficácia do Acordo de Leniência à complementação ou chancela por qualquer outro ato ou manifestação, a não ser a própria, exclusiva e exaustiva pactuação entre as partes envolvidas.

Naquilo que interessa a este ponto, assim dispõe a lei:

13 Acordos de Leniência homologados em juízo tiveram ampla repercussão na mídia, como mostram as matérias jornalísticas divulgadas e disponíveis em <<https://oglobo.globo.com/brasil/justica-homologa-leniencia-da-j-f-mas-condiciona-validade-acordo-de-delacao-21801751>>. Acesso em: 17/5/2018; e <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-23/decisao-leniencia-nao-invalida-acordo-odebrecht-mpf>>. Acesso em: 17/5/2018.

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:

[...]

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.

[...]

§ 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.

[...]

§ 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.

[...].

De igual modo, em nenhum outro dispositivo da Lei 12.846/13, bem como, nem mesmo em sua norma regulamentadora, o Decreto 8.420/15, há qualquer previsão a direcionar a formalização ou efetivação do Acordo de Leniência à necessidade de sua homologação em juízo.

No Decreto 8.420/15, há, inclusive, previsão bastante elucidativa da impropriedade dessa providência da homologação judicial, e que submete e delimita a discussão judicial do Acordo de Leniência às medidas necessárias à sua “preservação”, consoante consta de seu art. 26.

Outra impropriedade da homologação judicial no Acodo de Leniência é que, para sua celebração, deverá haver cláusula que contemple sua natureza como título executivo extrajudicial, conforme previsto no art. 37, III, do Decreto 8.420/15 – embora seja imprópria tal natureza extrajudicial, como explanado em ponto anterior –, modalidade executiva incompatível com a natureza dos tí-

tulos que resultam das homologações em juízo, e que têm natureza jurídica de título judicial, na forma do art. 515, III, do CPC/15.

A reforçar esse entendimento da impropriedade na homologação judicial, cabe registrar que é com a celebração do Acordo de Leniência pela autoridade administrativa competente, independentemente de qualquer outra providência, que aquele instrumento passa a produzir seus efeitos jurídicos, inclusive quanto à sua publicidade e interrupção da prescrição, como prevêm os arts. 16, §§ 6º e 9º da Lei 12.846/13, e o art. 39 do Decreto 8.420/15.

Mesmo no ambiente da responsabilização por infração à ordem econômica e defesa da concorrência, de que trata a Lei 12.529/11 (arts. 86 e 87) e que também contempla o Acordo de Leniência, não há qualquer previsão de submissão do Acordo de Leniência à homologação judicial.

A propósito, no Acordo de Leniência, no âmbito da Lei 12.529/11, há inclusive a possibilidade do afastamento da imputação criminal dos responsáveis pelos ilícitos praticados pela pessoa jurídica, conforme disposição expressa do art. 86, § 4º e sem que, mesmo ante tal dimensão dos efeitos daquele instrumento, muito mais elevados que os efeitos alcançados pela Lei 12.836/13, haja exigência de homologação judicial para fins de validação e efetividade do Acordo de Leniência.

Na doutrina, encontram-se registros que também identificam a autonomia e concentração para o ato de celebração do Acordo de Leniência apenas entre a pessoa jurídica infratora e a autoridade administrativa. Gilson Dipp e Manoel L. Volkmer de Castilho (2016, p. 81) afirmam que “em rigor, o acordo de leniência é lavrado entre o infrator e o julgador e essa perspectiva deve ser levada em conta”.

Disso resulta, e é necessário se afirmar, que o Acordo de Leniência prescinde de homologação judicial. Aliás, mais do que prescindir, o Acordo de Leniência não deve mesmo ser submetido à tutela judicial e, se o for, esse impulso deve ser recusado.

É de inadiável reflexão considerar que a homologação judicial, além de atrair para o juiz uma responsabilidade que não é sua, e nem prevista em lei, traz implicações jurídicas diversas da homologação extrajudicial adotada pela Lei Anticorrupção.

As homologações decorrentes do provimento judicial, e salvo exceções previstas em lei, como a justificação judicial (CPC/15, art. 381, § 5º), dão contornos de validação não só à forma como também ao conteúdo pactuado, conferindo a este força normativa, o que leva a irradiar seus efeitos a terceiros, além de

produzir barreiras de impugnação que objetivem obstar seu cumprimento, ou mesmo às consequências de seu descumprimento, até porque, como dito linhas atrás, deve convalidar-se com natureza executiva de título judicial.

Concretizado o Acordo de Leniência apenas com sua “celebração” entre as partes, como deve ser, sem a interferência judicial, nos moldes definidos em lei, qualquer discussão judicial que se faça necessária, pelas mesmas partes ou terceiros, poderá desafiar a correspondente demanda, tendo por juízo competente sempre o de primeiro grau, com plena observância aos princípios e garantias que regem o processo judicial, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Por sua vez, sendo o Acordo de Leniência homologado judicialmente, a impugnação daí decorrente será viabilizada apenas pela via recursal judicial, e já sem a amplitude das oportunidades de defesa, principalmente quanto à produção probatória, e que é própria da instância originária, de primeiro grau.

Além disso, como o provimento judicial impede a interferência das instâncias administrativas, a homologação do Acordo de Leniência em juízo implica obstáculo intransponível a que os demais entes públicos legitimados àquele ato possam questioná-lo, o mesmo verificando-se com os órgãos de controle externo, como os tribunais de contas¹⁴, e que, não houvesse a homologação em juízo, poderiam exercer sua ampla competência constitucional, inclusive com a invalidação do próprio Acordo, desfazendo seu conteúdo.

Com a homologação judicial, os eventuais vícios, desvios ou ilícitos contidos ou decorrentes do próprio Acordo, ainda que possam ensejar a responsabilização dos agentes públicos administrativos envolvidos na definição do seu conteúdo, com o uso do aparato da estrutura e mecanismos estatais de fiscalização e controle, nem por isso referida responsabilização poderá alcançar o conteúdo daquela colaboração, e que somente comportará ser questionado na própria via judicial.

A mesma barreira impeditiva de discussão do conteúdo, decorrente da homologação judicial, dar-se-á com relação a outras ações judiciais que objetivem questionar a transação realizada, como poderia ocorrer no âmbito da Ação Popular e da Ação Civil Pública de defesa do patrimônio público.

Poder-se-ia argumentar que a necessidade da homologação judicial decorre de uma das vantagens concedidas à pessoa jurídica infratora no Acordo de Leniência, como é a hipótese do inc. IV do art. 19 da Lei 12.846/13, e que

14 No âmbito do controle externo exercido pelo TCU, o Acordo de Leniência é disciplinado pela Instrução Normativa – TCU n. 74, de 11 de fevereiro de 2015.

tem natureza cível/judicial, e não administrativa. Não obstante, ainda que, de fato, aquela específica sanção tenha sido definida como passível de aplicação apenas em sede judicial – aqui, registre-se que se trata de mera opção do legislador, pois tal sanção poderia operar-se administrativamente, não sendo a opção judicial uma decorrência propriamente necessária – foi a própria e mesma Lei 12.846/13, que atribuiu à autoridade administrativa, e não mais aos titulares da responsabilização judicial, definidos no art. 19, a competência para isentar o infrator daquela sanção judicial.

Outro aspecto relevante a se considerar é que, ainda que se pudesse, por hipótese, admitir a homologação judicial do Acordo de Leniência, tal ato judicial seria da competência exclusiva do juízo cível, dada a própria natureza cível e administrativa da específica repercussão que aquele ato projeta. Como já acen-tuado, a Lei Anticorrupção, na qual se insere aquele instrumento de colaboração compensatória, é uma norma de mesma natureza eminentemente administrati-va e cível, jamais penal, ainda que, quanto a esta, possa surtir efeitos indiretos e reflexos, mas sem que tal consequência possa atrair a competência criminal para aquele específico instrumento que não guarda idêntica natureza.

Não se desconhece que a responsabilização administrativa e cível con-templada pela Lei 12.846/13 de regra produz repercussão penal, na medida em que os ilícitos praticados pela pessoa jurídica em detrimento da administração pública, e apurados pelo sistema implantado por aquela lei, sempre implicarão identificar uma pessoa natural, dirigente ou funcionário, responsável pela prática do ilícito. Contra este, então, caberá ser direcionada a subsequente responsabi-lização criminal respectiva e individualizada, mas, evidentemente, devendo esta observar-se pela via própria e específica do processo penal ou de outros procedimentos afins, e daí não cabendo, e nem tecnicamente estando autorizado, transmutar-se uma medida própria da instância administrativa ou cível, como o Acordo de Leniência, em uma providência de natureza penal, e que, indiscu-tivelmente, se encontra fora dos contornos da Lei 12.846/13. Nunca é demais lembrar que jurisdição não se exerce onde se quer, mas onde se deve; e onde se deve é onde a lei assim a define.

Aliás, de tal ordem a necessária separação e independência que se impõe observar no conjunto das responsabilidades administrativa, cível e penal que decorrem de um mesmo ilícito, que suas instâncias judiciais e extrajudiciais são próprias, inconfundíveis e não se misturam, podendo, isso sim, estar relaciona-

das e ter atuação compartilhada e colaborativa, mas sem que disso possa resultar confusão de atribuições, meios e fins. E, ainda que a instância penal possa, limitadamente, irradiar seus efeitos nas instâncias cível e administrativa, o inverso não se estabelece.

Sobre isso, Dipp e Castilho acentuam (2016, p. 79-80):

As consequências do acordo no entanto podem ser variadas, desde efeitos no campo administrativo até consequências no campo penal, fiscal, civil com respeito à pessoa física, pois as eventuais limitações ou vantagens oferecidas e acordadas ao infrator poderão repercutir no processo penal, no processo administrativo fiscal autônomo ou no campo das relações civis também existentes. Nesse sentido, poderá a leniência afetar indiretamente elementos constitutivos do tipo penal ou de fixação da pena, assim como alterar ou suprimir circunstâncias tributárias ou contratuais que merecem a devida atenção.

A independência e limitação do campo de responsabilização da Lei 12.846/13 até poderia ter sido tratada de modo diverso, alcançando também outras instâncias, como a criminal, como procedeu, conforme já mencionado, a Lei Antitruste, Lei 12.529/12, ao prever, por seu art. 87, que a celebração do Acordo de Leniência impede o oferecimento da denúncia e, cumprido o Acordo, enseja até mesmo a extinção da punibilidade.

Todavia, não foi esse o modelo de responsabilização e seus efeitos objetivado pela Lei Anticorrupção. Essa constatação se extrai, como já destacado, da própria Lei 12.846/13, seja por não ter previsto, em seu bojo, semelhantes efeitos penais, como os contidos no mencionado art. 87, da Lei 12.529/12, seja por constar, em seu art. 3º, que a responsabilização da pessoa jurídica não interfere na correspondente responsabilização individual de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural envolvida com o ilícito, e, portanto, encontrando-se afastada a possibilidade de vinculação direta da responsabilização criminal em relação à responsabilização cível/administrativa, podendo tal circunstância verificar-se apenas indireta e reflexamente.

Cabe anotar, em reforço à compreensão da indevida homologação judicial nos Acordos de Leniência que nem mesmo a – seguramente constatável – elevação da carga de infração penal em desfavor da Administração, em razão do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, atrai para este procedimento, em

qualquer fase, a necessária presença do Ministério Público, cabendo a este, isso sim, mas somente após a conclusão do PAR, ter conhecimento da prática dos ilícitos nele apurados para que, a partir daí, possa adotar as providências que lhes são próprias para fins da persecução criminal, consoante definido pelo art. 15 da Lei 12.846/13.

O que não parece plausível, ante a falta de suporte legal, é a dependência da formalização do Acordo de Leniência à homologação judicial, inclusive com esforçados apelos a essa forma de validação. E, ainda que para a pessoa jurídica infratora, bem como para as pessoas naturais envolvidas com a infração, se possa justificar aquela providência com argumentos focados na segurança jurídica que dimana da autoridade do provimento jurisdicional, tal alegação não comporta superar os próprios riscos da impertinência daquele procedimento, como ora anotado.

Não se pode perder de foco que a celebração do Acordo de Leniência não objetiva alcance que não esteja estritamente vinculado aos fins específicos de “identificação dos demais envolvidos na infração” e a “obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração” tal qual definidos, explícita e delimitadamente, nos incs. I e II do *caput* do art. 16 da Lei 12.846/13. E a “infração” e o “ilícito” a serem buscados no Acordo de Leniência têm que ter por objetivo primeiro e primordial, quiçá único, aqueles compreendidos nos estritos contornos da responsabilização civil e administrativa, identificada pelas tipificações específicas e explicitamente definidas nos incisos do art. 5º da Lei 12.846, e que, aliás, nem exigem o mesmo conteúdo da prova criminal, até mesmo porque a configuração daqueles se encontra vinculada à responsabilidade objetiva, na qual não se apura a ocorrência do dolo, elemento este imprescindível na responsabilização penal.

Além da referida finalidade, deve a pessoa jurídica assumir os compromissos definidos nos incs. II e III do § 1º do art. 16, podendo, para tanto, alcançar os benefícios do § 2º do mesmo artigo.

Dados esses estritos limites definidos em lei, e como sendo a própria gênese daquele instrumento de cooperação compensatória condicional, a imprecisão ou excesso do seu conteúdo, como são as cláusulas de natureza diversa da finalidade, compromissos e benefícios que objetiva, deve ser considerado como conteúdo inexistente ou, ao menos, incapaz de produzir os efeitos jurídicos pretendidos quanto às obrigações que impõem às partes celebrantes.

Neste contexto, ressoa como advertência necessária o registro de que, no

Acordo de Leniência celebrado, o descumprimento do seu conteúdo na parte que desborda dos elementos quanto à finalidade, compromissos e benefícios definidos pelo art. 16, e que são os limites que autorizam e legitimam aquele instrumento, não poderá levar às consequências da ruptura do Acordo, não cabendo admitir-se repercussão que resulte em desconsiderar sua validação e efetividade.

Não obstante tal observação, o que se tem notado, em alguns Acordos de Leniência já celebrados, é que, não raro, a busca da homologação judicial dá-se exatamente para validar conteúdo de informações e de documentos a subsidiarem medidas judiciais de natureza própria da responsabilização criminal ou mesmo da improbidade administrativa, mas que o limitado alcance da Lei Anticorrupção não comporta avançar. Nestes casos, dada a evidenciada deformação daquele instrumento de leniência, incumbe às partes celebrantes estarem atentas a seu específico desiderato, decotando do seu objeto aquilo que não lhe é próprio.

Por uma questão de racionalidade e otimização dos meios e instrumentos para apuração de infrações, nas suas mais diversas vertentes, e ainda mais quando se trata de apurar delitos de tanta relevância social como os vinculados a práticas de corrupção, é possível se admitir que um mesmo meio procedimental para seu conhecimento, como no caso do Acordo de Leniência, possa servir como instrumento para viabilizar responsabilização outra e que não seja a administrativa e a civil, como a criminal e mesmo a da improbidade administrativa.

Apesar disso, e com o necessário apelo aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da boa-fé, é importante pontuar que tais intentos de persecução de outras responsabilizações não podem ultrapassar a compreensão de que somente indireta e reflexamente podem se utilizar da via do Acordo de Leniência, devendo esta priorizar e se esforçar em alcançar os específicos e inconfundíveis objetivos para os quais fora instituída.

Por oportuno, vale frisar que nem mesmo na doutrina se tem encontrado subsídio a justificar a homologação judicial dos Acordos de Leniência. Estudos sobre o tema empreendidos por Gilson Dipp e Moanoel L. Volkmer de Castilho (2016, p. 78-92), Márcio de Aguiar Ribeiro (2017)¹⁵, bem como, na obra coordenada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara (2017)¹⁶, revelam essa mesma compreensão.

15 Ribeiro (2017, p. 227-248). Nesta publicação, o tema sobre Acordo de Leniência é tratado no Capítulo XIII.

16 Di Pietro e Marrara (2017 p. 195-229). O Acordo de Leniência é abordado em comentário ao art. 16, da Lei 12.846/13.

Essas, portanto, são barreiras a se firmarem como condição de validade do Acordo de Leniência e que devem guardar detida atenção das partes celebrantes, a evitar sejam indevidamente ultrapassadas, sob pena de resultar na desfiguração daquele instrumento e o eventual risco de sua imprestabilidade.

7 O RECURSO DA DECISÃO NO PAR – APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99

A Lei Anticorrupção não dispôs sobre a possibilidade de recurso da decisão da autoridade julgadora impositiva de sanção administrativa à pessoa jurídica infratora.

O Decreto 8.420/15, por sua vez, previu o pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, apresentado em 10 dias, dirigido à própria autoridade julgadora, como prazo de até 30 dias para decisão final, conforme contido no art. 11 e §§ 1º a 3º.

Não obstante tal previsão recursal pelo decreto, não fora a mesma suficiente a superar a exigência constitucional do direito ao duplo grau decisório, como contemplado no art. 5º, LV.

A garantia de direito a recurso tem que se operar em instância superior àquela da qual emanou a decisão. Assim, ainda que possível o pedido de reconsideração, dirigido à mesma autoridade julgadora, nem por isso poderia ser suprimido o direito de recurso a uma autoridade superior.

E para a supressão dessa importante lacuna, seria adequada a utilização das regras recursais contidas na Lei do Processo Administrativo, Lei 9.784/99, e que preveem que o recurso será interposto em 10 dias, devendo ter decisão de reconsideração em 5 dias. Se não reconsiderado, deverá ser submetido à autoridade superior diversa da que julgou, para decidir em 30 dias, conforme arts. 56, § 1º e 59, § 1º.

Quanto à adequação do aproveitamento da Lei 9.784/99, seu art. 69 dispõe expressamente sobre sua aplicação subsidiária nas situações não previstas pelas normas dos processos administrativos específicos, como é o caso do PAR e, notadamente, quanto a essa falta de disciplinamento recursal da LAC.

É importante lembrar que a Lei 12.846/13 se insere no contexto do Direito Administrativo sancionador e, para este, há, inclusive, a possibilidade de revisão da decisão sancionadora a qualquer tempo, até mesmo de ofício, na forma do art. 65, daquela lei 9.784/99.

Portanto, a Lei 9.784/99 deve ser aplicada naquilo que não for tratado pela

Lei 12.846/13 com relação ao PAR. Aquela Lei 9.784/99 seria subsidiária da LAC e prevaleceria inclusive sobre o Decreto 8.420/15, e no que este fosse com ela incompatível. Então, quanto à possibilidade recursal, seu suporte legal deve encontrar guarida primeiro na Lei 9.784/99 e, somente após no Decreto 8.420/15.

E quanto ao fato de o julgamento no PAR dar-se pela autoridade máxima do órgão ou entidade, na forma do art. 8º, *caput*, da LAC, poderia ser previsto na norma regulamentadora que o recurso caberia à autoridade máxima da Controladoria-Geral da União e, nisso considerando-se que, nos limites da Lei 12.846/13, a avocação de que trata o § 2º do art. 8º, da mesma Lei 12.846/13 dá-se para fins de exame de regularidade ou correção do andamento do PAR, o que assegura que aquela autoridade máxima da Controladoria-Geral da União não teria atribuições de julgamento do PAR, havendo, portanto, margem de atribuição funcional disponível para o julgamento do recurso no PAR.

8 CONCLUSÃO

Os presentes apontamentos são apenas uma rápida abordagem de alguns aspectos da Lei Anticorrupção.

E, a par da grande virtude e méritos dessa lei, há ainda tantos outros pontos de imprecisões e inconsistências. Alguns até bastante complexos e controvertidos, como o da autonomia e concomitância de atuação dos entes públicos legitimados à responsabilização administrativa e civil, e a traduzirem um cenário de que a Lei 12.846/13 está a desafiar a necessária e profunda atenção de seus operadores e interessados, bem como, da sociedade, de modo a se evitar que seus valiosos objetivos não se percam nas dúvidas e incertezas nela mesmo contidas, ou nas iniciativas que possam vir a ser tomadas à sua aplicação, gerando instabilidade, incertezas e insegurança nas relações jurídicas, com a conseqüente frustração no enfrentamento de um grave problema, o da corrupção, e que, com os novos instrumentos legais disponíveis, tem gerado sentimentos de profunda esperança de tempos melhores para a sociedade brasileira.

De todo modo, não obstante as necessárias iniciativas que vêm sendo adotadas ao seu aperfeiçoamento, em um empenho destacado da doutrina e do legislador, como bem retrata a edição da Medida Provisória 703, de 18/12/2015¹⁷, e

17 A Medida Provisória 703, de 18/12/2015, não foi convertida em lei no tempo devido e, por isso, perdeu vigência em 29/5/2016.

os projetos de lei em curso no Congresso Nacional¹⁸, ou mesmo nos parlamentos de alguns Estados e Municípios, um importante fator que a Lei Anticorrupção agrega é o do esforço de estimular a observância aos valores de integridade na relação público-privada, como um apelo, sem retorno, à necessária conscientização da cultura da honestidade.

REFERÊNCIAS

CARVALHOSA, Modesto. A nova lei da empresa limpa. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, jan. 2014, coluna Opinião. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-nova-lei-da-empresa-limpa-imp-,1124715>>. Acesso em: 20 maio 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medida. Proibidade empresarial: Lei 12.846/13. Porto Alegre: *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, 2014. v. 1.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

18 São exemplos desta iniciativa legislativa, o PL 3636/15, do Senado Federal, que “altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências”; o PL 5208/16, da Câmara dos Deputados, que “altera a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992 para dispor sobre condições para celebração de acordos de leniência com pessoas físicas e pessoas jurídicas, e dá outras providências”.

A Lei 12.846/2013 e a tutela do Direito material coletivo da probidade na administração pública

Benedito Gonçalves¹

1 INTRODUÇÃO

Próximo de completar cinco anos de existência, a Lei 12.846/2013 inovou consideravelmente na tutela da probidade da administração pública ao permitir a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, sem exclusão da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, bem como de qualquer pessoa natural que concorra para o ato ilícito.

Inicialmente, importante destacar que a chamada “Lei Anticorrupção” passa a compor sistema normativo específico, protetivo da probidade na administração, ao lado da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e de outros normativos que definem arquétipos ilícitos, criminais e administrativos, como é o caso da Lei 8.666/1993. Contudo, a grande inovação é que a Lei 12.846/2013 tem como destinatária certa a responsabilização da pessoa jurídica, algo inédito no âmbito da tutela coletiva da probidade na administração.

Embora seja temática polêmica, tem prevalecido o entendimento no sentido da convivência entre os normativos que já previam a responsabilização das pessoas naturais (*v.g.*, Lei 8.429/1992 e 8.666/1993) e a Lei 12.846/2013, uma vez que o art. 30 desta é expresso neste sentido:

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

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 n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II – atos ilícitos alcançados pela Lei n. 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 n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Portanto, há no Direito brasileiro um sistema legal de proteção à probidade na administração pública, composto pela previsão de ilícitos e das suas consequências, em salvaguarda dos princípios constitucionais, com destaque aos do *caput* do art. 37 (**legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência**) e do princípio republicano (art. 1º, parágrafo único), contidos na CF/1988.

Para materializar essa tutela do direito material coletivo à probidade na administração pública, tem-se, como destacado instrumento processual, a Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), técnica apta a dar concretude punitiva às previsões dos ilícitos contidos na legislação. Assim dispõe o art. 21 da Lei 12.846/2013: “Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Com a finalidade de explicitar a vocação da Ação Civil Pública como instrumento processual de tutela do direito material coletivo à probidade na administração pública, a Lei 13.004/2014 inseriu o inc. VIII ao art. 1º da Lei 7.347/1985, acrescentando-lhe o objetivo de defesa do “patrimônio público e social”.

Aqui, firma-se uma primeira conclusão, de que há três diplomas legislativos componentes do **sistema protetivo da Administração pública**: as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, que tratam especificamente da tutela do direito material coletivo à probidade administrativa, e a Lei 7.347/1985, que dispõe sobre destacado instrumento processual específico, apto a veicular, em juízo, tais pretensões.

É importante ressaltar que esse arcabouço normativo protetivo tem por finalidade atender ao sentimento constitucional de busca por mais moralidade e eficiência no agir administrativo.

A Lei 12.846/2013 inova sobremaneira nessa seara, ao trazer à punição os atos praticados pelas pessoas jurídicas, em uma visão moderna que visa também ao alcance do corruptor, e não apenas do corrupto.

Neste artigo, analisa-se o impacto da Lei 12.846/2013 nesse sistema de tutela do direito material à administração proba e as perspectivas de efetivação do sentimento constitucional de mais moralidade e eficiência no agir administrativo.

2 COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ANTECEDENTES

Com relação ao conteúdo normativo trazido pela Lei 12.846/2013, podem ser destacados três importantes antecedentes: (i) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996; (ii) a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997; (iii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 4.410, de 7 de outubro de 2002. Ela não teve como foco o combate ao corruptor, mas ao corrupto; dentre as suas medidas de prevenção à corrupção, destacam-se: a criação, manutenção e fortalecimento de normas de conduta para o adequado desempenho das funções públicas; o fortalecimento de mecanismos que estimulem a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nos esforços para prevenir a corrupção; a criação e fortalecimento de órgãos de controle que tenham por competência o desenvolvimento de mecanismos modernos de prevenção, detecção, punição e erradicação de práticas corruptas; a criação de sistemas para proteger os funcionários públicos e cidadãos que denunciem de boa-fé atos de corrupção; a criação de sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado, de forma que sejam asseguradas a transparência, a equidade e a eficiência.

Portanto, a Convenção Interamericana não teve como foco a atribuição de consequências aos atos praticados pelas pessoas jurídicas, mas voltou-se ao aprimoramento do combate à corrupção praticada por funcionários públicos corruptos.

Por outro lado, a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 3.678, de 30 de novembro de 2000, tendo previsto o estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público es-

trangeiro e a necessidade de sanções não penais dissuasivas nos casos em que o ordenamento jurídico do país não admitir a sanção penal das pessoas jurídicas. Ou seja, trouxe especificamente a imperiosa necessidade de se alcançarem e punirem os ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas.

Por fim, destaca-se como antecedente mais próximo da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) a Convenção das Nações Unidas de 2003 (Convenção de Mérida), que, assim como fez a Convenção da OCDE, enfrentou a questão do corruptor, dispondo especificamente sobre a corrupção no setor privado. Nesse sentido, dispôs que

[...] cada Estado Parte deverá, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, tomar todas as medidas necessárias para impedir esquemas de corrupção envolvendo o setor privado, melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado e, conforme o caso, garantir a aplicação de penalidades civis, administrativas ou criminais eficazes, proporcionais e dissuasivas no caso de essas medidas não serem observadas.

3 CONTEXTO NACIONAL: A IMPERIOSA NECESSIDADE DO COMBATE À CORRUPÇÃO

De acordo com a organização não governamental *Transparência Internacional*, que desde 1996 elabora o *Índice de Percepção da Corrupção* (IPC), o Brasil caiu da 79ª posição para a 96ª em 2017.

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) estima que a corrupção representa cerca de 2% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, custando R\$ 130 bilhões por ano ao Brasil.

Nesse contexto, revela-se urgente a necessidade de se consolidar uma educação cívica e coletiva no sentido de combater a corrupção, como caminho sem atalhos para o desenvolvimento da renda média da população, índice de desenvolvimento humano e eficiência geral.

Embora iniciativas legislativas não sejam capazes de alterar a realidade, do modo imediato, a disposição e operacionalização adequada de legislação anticorrupção é algo indispensável na busca de um Brasil mais próspero.

Desponta de grande relevância a existência do sistema legal de salvaguarda da probidade na administração pública, do qual acima se falou, composto pelas Leis 8.429/1992 e 12.846/2013, e que se instrumentaliza, no campo processual, principalmente por meio da ação civil pública (Lei 7.347/1985).

A Lei de Improbidade Administrativa representou um grande avanço em termos de combate à corrupção, atingindo especificamente as pessoas físicas (agentes públicos e terceiros que pratiquem atos de improbidade), ainda que exista a possibilidade de que determinadas penas também possam ser aplicadas a pessoas jurídicas.

Contudo, a Lei Anticorrupção amplia a responsabilização nas esferas administrativa e civil, alcançando as pessoas jurídicas, inclusive as que resultarem de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º). Outrossim, a Lei também alcança os dirigentes, que movimentam o ente personificado, com previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica (arts. 3º e 14 da Lei 12.846/2013).

Assim, justifica-se a relevância do estudo da Lei 12.846/2013, de modo que os operadores do direito possam dela fazer bom uso, sem que divergências pontuais impeçam o caminhar em busca de um país mais justo e probo.

4 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA LEI 12.846/2013

Na análise específica da Lei Anticorrupção n. 12.846/2013, podem ser identificadas as seguintes características principais:

- i. Responsabilização administrativa e judicial das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira;
- ii. Responsabilidade objetiva das empresas por atos lesivos que as beneficiem;
- iii. Possibilidade de imposição de elevadas multas, com base no faturamento anual;
- iv. Previsão da adoção de programas de conformidade, para redução de multas;
- v. Acordos de leniência.

5 RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS: SUJEITOS ATIVOS NA LEI 12.846/2013

Inicialmente, quanto à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, aparentemente a Lei 12.846/2013 reproduziu a lógica do art. 37, § 6º, da Constituição Federal: o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, porém os agentes causadores do ato lesivo respondem subjetivamente.

No caso da Lei 12.846/2013, a pessoa jurídica responde objetivamente, pelos atos ilícitos que pratica contra a administração pública nacional ou estrangeira, e os dirigentes e administradores, bem como terceiros que participem dos ilícitos, responderão subjetivamente (por dolo ou culpa).

A Lei Anticorrupção exige, para a aplicação da responsabilidade objetiva que: haja nexo de causa e efeito entre a atuação da pessoa jurídica e o dano sofrido pela administração pública; seja praticado ato lesivo, tal como definido no art. 5º; o ato lesivo seja praticado por pessoas jurídicas (art. 1º, *caput*); o ato lesivo cause danos à administração pública, nacional ou estrangeira.

Importante destacar que o alcance da responsabilidade das pessoas jurídicas atinge as sociedades empresárias e as 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. 1º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013).

Ademais, a responsabilidade da pessoa jurídica subsiste na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Especificamente 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 na Lei 12.846/2013, 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.

Ainda quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas, a Lei 12.846/2013 prevê solidariedade entre as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, entre as consorciadas, restringindo-se tal espécie de responsabilidade, contudo, à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva dos dirigentes ou administradores, bem como a de outras pessoas naturais, autoras, coautoras ou partícipes do ato ilícito, exige os mesmos requisitos acima expostos, com a ressalva, evidente, da necessidade de demonstração da culpabilidade. Nesse sentido é a disposição do art. 3º, § 2º, da Lei Anticorrupção: “Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

6 AS EMPRESAS ESTATAIS COMO SUJEITO ATIVO NA LEI 12.846/2013

O art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentado pela Lei 13.303/2016, que, por sua vez, previu, em seu art. 94, a aplicação à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incs. II, III e IV do *caput* do art. 19 da referida Lei.

Portanto, aplica-se a Lei 12.846/2013 às empresas estatais e suas subsidiárias, com exceção de algumas sanções: suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Assim, do art. 19 da Lei Anticorrupção, apenas podem ser aplicadas às empresas estatais e suas subsidiárias as penas de “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”.

De fato, suspender, interditar ou dissolver as atividades de empresas estatais iria no caminho oposto ao do princípio da continuidade dos serviços públicos. É que uma empresa estatal deve se preordenar a prestar algum serviço no interesse do Estado, como faz o Banco do Brasil no financiamento do agronegócio e a Caixa Econômica Federal no campo do financiamento habitacional. Nesse sentido, o inc. I do § 1º do art. 173 da CF fala expressamente na **função social** da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

Além disso, a Constituição Federal estabelece forma específica pela qual são criadas as empresas estatais e suas subsidiárias (art. 37, XIX e XX), de modo que, pelo princípio do paralelismo das formas, pode se entender que a extinção das referidas entidades deve observar o mesmo instrumento que as criou. Nesse raciocínio, seria impossível que a Lei Anticorrupção pudesse impor suspensão de atividades ou a dissolução das empresas estatais e suas subsidiárias, ainda mais quando prestam uma específica **função social**.

Por fim, também coerente a impossibilidade de se impor que empresa estatal deixe de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou

controladas pelo Poder Público. Imposição dessa natureza, de fato, seria um contrassenso com a existência da empresa estatal.

Resta a possibilidade de imposição da perda de bens, direito ou valores, que tenham se acrescido à empresa estatal ou à sua subsidiária como proveito, direto ou indireto, de infração. Ressalva-se, contudo, direito do lesado ou do terceiro de boa-fé.

7 SUJEITOS PASSIVOS NA LEI 12.846/2013

Na Lei Anticorrupção, o sujeito passivo do ato lesivo pode ser a administração pública nacional ou estrangeira.

No conceito legal de administração pública estrangeira, estão 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, e a elas se equiparam as organizações públicas internacionais.

Compreendem-se, no conceito de administração pública, os entes integrantes da administração direta e da administração indireta, uma vez que a exclusão desta desvirtua os objetivos da Lei Anticorrupção, além de não haver, no texto da Lei 12.846/2013, nenhuma cláusula excludente nesse sentido.

8 OS ATOS LESIVOS PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Os atos lesivos estão previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013 e constituem-se em todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas 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 na 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 pro-

cedimento 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.

Importante destacar que, embora as condutas acima em muito se aproximem da previsão normativa de crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal e na Lei 8.666/1993, deve-se destacar que se tratam de infrações administrativas, as quais, portanto, não interferem na persecução penal.

Por outro lado, o art. 30 da Lei 12.846/2013 deixa expresso que a aplicação das sanções nela previstas não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992); II – atos ilícitos alcançados pela Lei n. 8.666/1993, ou por outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no que se refere ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei n. 12.462/2011).

9 AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

As sanções administrativas estão previstas no art. 6º da Lei 12.846/2013, cabendo a aplicação isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza da infração e sem prejuízo do dever de reparação integral do dano. São elas:

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.

10 COMPLIANCE

Dentro das características principais da Lei 12.846/2013, que nos propomos a expor, deve ser dado especial destaque à previsão normativa expressa da adoção de programas de conformidade, para redução de multas.

Nos âmbitos institucional e corporativo o termo *compliance* – com origem no verbo em inglês *to comply*, que significa conformar-se com uma regra –, serve para delimitar o conjunto de procedimentos internos para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, bem como, profilaticamente, evitar qualquer tipo de desvio dos padrões de moralidade e correção estabelecidos para o empreendimento.

O art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013 estabelece que será levado em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Muitos empreendimentos privados têm setores ou comitês de *compliance*, cuja missão é a de assegurar que as regras a serem seguidas pela empresa, internas ou externas (*v.g.*, Lei Anticorrupção, Lei de Licitações, Improbidade) sejam efetivamente cumpridas.

Nesse sentido, também merece destaque o incentivo dado pelo Estatuto Jurídico das Estatais (Lei n. 13.303/2016), o qual prevê a inserção, nas respectivas estruturas, de área responsável pela verificação do cumprimento de suas obrigações e de gestão de riscos (art. 9º, II), referindo-se explicitamente à área de *compliance* no § 4º do mesmo dispositivo.

Portanto, o chamamento normativo para que as empresas instituem mecanismos internos de conformidade serve sobremaneira ao combate da figura do corruptor privado, andando muito bem no caminho de moralização da administração pública brasileira.

11 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Um dos instrumentos mais importantes da Lei Anticorrupção, e que merece destaque, é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 14, mesmo na responsabilização administrativa, nos casos em que o **véu** da personalidade é utilizado com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei 12.846/2013 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.

12 ACORDO DE LENIÊNCIA

Dentro das principais características da Lei Anticorrupção, elencadas acima, cumpre analisar os contornos da última delas: o acordo de leniência.

O art. 16 da Lei 12.846/2013 prevê o acordo de leniência objetivando a colaboração das pessoas jurídicas privadas com as investigações dos ilícitos praticados. Como vimos, um dos principais focos da Lei Anticorrupção é o combate à figura do corruptor, medida de extrema relevância na moralização da administração pública.

São requisitos cumulativos para o acordo: 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.

Assim, pelo acordo de leniência, busca-se especialmente a identificação dos demais envolvidos nos atos ilícitos e a obtenção de informações e documentos comprobatórios (incs. I e II do art. 16). Em contrapartida, o acerto redonda nos seguintes resultados: I – poderá reduzir a multa em até dois terços, não sendo aplicável, à pessoa jurídica, outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo (art. 16, § 2º); II – isenta a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei n. 8.666/1993 e em outras normas que tratam de licitações e contratos.

Importante destacar que o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado (art. 16, § 3º), sendo que os seus efeitos se estendem às pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, desde que firmem o acordo em conjunto (art. 16, § 5º).

Nos termos do art. 17 da Lei Anticorrupção, o acordo de leniência também poderá ser firmado com pessoa jurídica, em decorrência de ilícitos previstos na Lei n. 8.666/1993 (licitações e contratos administrativos), visando à isenção ou atenuação das sanções restritivas ou impeditivas do direito de licitar e contratar.

Por fim, destaca-se que, 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.

13 CONCLUSÃO

Ante o exposto, espera-se que o passar do tempo comprove que os instrumentos postos à disposição do operador do direito, analisados acima, sirvam para o efetivo combate à corrupção, ainda existente no setor público e privado, banindo da vida cotidiana as figuras do corrupto e do corruptor, trazendo à população melhores serviços públicos.

REFERÊNCIAS

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Responsabilidade Civil e Lei Anticorrupção: uma crítica sistêmica da Lei n. 12.846/13 em seus efeitos civis

Bruno Leonardo Câmara Carrá ¹

1 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA CORRUPÇÃO

Se longa é a história da corrupção, longa igualmente são as tentativas de preveni-la. De modo geral, historicamente são utilizadas as penas privativas de liberdade, próprias do Direito Penal, em seu combate. E de fato ninguém pode negar que, pelo temor que impõem, elas terminam sendo, pragmaticamente, os instrumentos mais utilizados para o enfrentamento à corrupção.

Contudo, muitos outros mecanismos preventivos, inclusive não necessariamente jurídicos, também poderiam ser empregados nessa luta. Dentre outros, poder-se-ia citar: (i) a obtenção prévia de estudos, informação e entendimento sobre a corrupção, garantindo informação para seu combate; (ii) a implementação de políticas objetivas de meritocracia na administração pública; (iii) a transparência dos atos e procedimentos públicos, inclusive com o apoio de uma imprensa forte e independente. (DAHLSTRÖM; LAPUENTE; TEORELL, 2012, p. 656-668) (HAM, 1996, p. 195).

Nesse contexto, é que se agrega a responsabilidade civil como uma ferramenta útil no embate à corrupção, somando-se às tradicionais penas repressoras classicamente concebidas no âmbito do Direito Público (BONELL; MEYER, 2015, p. 1). Em outras palavras, justamente por envolver restrições à liberdade, o Direito Criminal termina sendo, muitas vezes, verdadeira cama de Procusto, outorgando penas tão somente quando rigorosamente preenchida a figura típica

¹ Juiz auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça Federal. Doutor em Direito (USP); Pós-doutor em Direito (UNIBO); Professor pesquisador (PARIS V).

nele descrita. O mesmo ocorre, por sinal, em várias searas do chamado “Direito Administrativo punitivo”.

Contudo, justamente em razão do menor rigor formal de suas sanções, o Direito Privado pode oferecer condenações mais rápidas e, por isso mesmo, mais efetivas sob determinados aspectos, somando-se, assim, ao combate à corrupção, como será examinado ao longo do presente trabalho. Além disso, como se diz atualmente, se a parte mais frágil do homem é seu bolso, é sobretudo dela que cuida a responsabilidade civil.

Não se imagina, entretanto, até de maneira ingênua, que o Direito Privado possa, sozinho, realizar um combate eficaz à corrupção. A vastidão dos efeitos deletérios que ela provoca faz com que tal problema tenha que ser considerado sob muitas frentes de batalha. Porém, a busca por sanções de natureza eminentemente pecuniária, sem reflexos em zonas mais delicadas, como a liberdade, pode adicionalmente servir como meio dissuasório para essa prática.

Não bastasse isso, é certo que a corrupção causa prejuízos patrimoniais, seja direta ou indiretamente para o Estado e para os particulares. Basta pensar, por exemplo, no caso de uma licitação, na qual, por força de um ajuste impróprio, venha a se sagrar vencedor alguém que não tivesse efetivamente a melhor proposta. Ou ainda o caso de um funcionário público que concede uma licença qualquer para “A” e não para “B”, prejudicando economicamente este, mercê de suborno dado por aquele. Em todos esses casos, naturalmente, há interesse concreto em obter indenizações pelo que efetivamente se perdeu e pelo que eventualmente se deixou de ganhar por conta dessa grave forma de ilicitude.

2 OS STANDARDS INTERNACIONAIS

A seguir, para contextualização do tema no cenário mundial, serão examinados os dois principais *standards* normativos no âmbito internacional em vigor e que cuidam da responsabilização civil em decorrência de atos de corrupção, a fim de que se tenha uma visão global do chamado “estado da arte” em relação ao assunto.

2.1 A CONVENÇÃO DE MÉRIDA: UMA PARADIGMA NORMATIVO MUNDIAL

A aproximação da responsabilidade civil com as normas anticorrupção tem seu marco normativo internacional definitivo na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC), também conhecida como Convenção de Mérida.

Atualmente, encontra-se firmada por nada menos que 126 países. Adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31/10/2003, foi assinada pelo Brasil em 9/12/2003, tendo sua vigência internacional sido iniciada apenas em 14/12/2015, ao reunir as 30 ratificações requeridas.

Essa Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.687, de 31/1/2006 – após a devida aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18/5/2005. Traz interessantes referências, já em seu preâmbulo, acerca da concepção da corrupção como um problema transnacional, motivo pelo qual exorta a comunidade internacional a uma ampla cooperação para sua prevenção e combate.

A Convenção de Mérida enfrenta o tema da corrupção sob uma forma multidisciplinar. Desse modo, ao lado dos tradicionais institutos repressores, seu art. 35 dispõe sobre a possibilidade de se impor igualmente indenizações civis em face dos **danos decorrentes de atos de corrupção**. Esse dispositivo ressalta que cada Estado Parte deverá adotar as medidas necessárias, em conformidade com os princípios de sua respectiva legislação interna, para assegurar que os prejudicados obtenham sua reparação.²

A regra, de fato, consagra o ato de corrupção, também como ilícito passível de ser ressarcido na medida em que o considera autonomamente como malferidor de um interesse jurídico legalmente reconhecido no âmbito civil. É de se esclarecer que tal referência é de especial importância para os países que, diferentemente do sistema francês de cláusula geral, valem-se ainda, de alguma forma, de tipificação formal para definição de seus ilícitos civis, como ocorre na *Common Law* e, em dada medida, no Direito Alemão.³

A norma não é explícita – e nem precisaria ser – em relação a saber quais ou tais danos se encontram nela abrangidos. Por outras palavras, a Convenção não diz se a ação civil nela mencionada abrange a condenação por danos extrapatrimoniais. Entretanto, uma vez que o conceito de dano, atualmente, é colocado sob uma perspectiva dúplice, a saber, patrimonial e moral, caberia ao legislador

2 No texto em Português da Convenção: “art. 35. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, para garantir que as entidades ou pessoas prejudicadas como consequência de um ato de corrupção tenham direito a iniciar uma ação legal contra os responsáveis desses danos e prejuízos a fim de obter indenização”.

3 Nada obstante aceitar-se que, a partir do reconhecimento do delito (*tort*) de *negligence*, alguma evolução veio a ocorrer na *Common Law* visando ao reconhecimento de “alguma coisa” próxima a uma cláusula geral do dano. Nesse sentido, cf.: G. Edward White (2003, p. 107).

internacional, caso quisesse excluir esses últimos, expressamente o fazer.⁴

Uma importante referência pode ser feita ainda em relação aos programas de conduta (*compliance*). A Convenção de Mérida, portanto, foi o primeiro documento de hierarquia superior a prever a existência de Códigos de Conduta. No contexto, não se deve olvidar que o instituto foi concebido com finalidade nitidamente preventiva, visando à promoção de uma cultura capaz de gerar espontaneamente o cumprimento de preceitos éticos de transparência no mundo dos negócios.⁵

2.2 CIVIL LAW CONVENTION ON CORRUPTION

A *Civil Law Convention on Corruption* resulta do Tratado de Estrasburgo, de 4/11/1999, e foi promulgada pelo Conselho da Europa, entidade internacional distinta da Comunidade Europeia por permitir a adesão em seus documentos de países fora do continente. Sua vigência foi iniciada em 1/11/2003, após 14 ratificações. Países como Alemanha, Itália e França participam desta convenção.⁶ Ela se constituiu como a primeira norma em nível internacional a definir regras no âmbito do Direito Civil visando ao enfrentamento da corrupção.

Seu art. 1º evidencia isso de modo claro ao dizer que o direito interno de cada firmatário deve fornecer recursos eficazes em favor daqueles que tenham sofrido um dano resultante de atos de corrupção, possibilitando-lhes a obtenção de uma compensação adequada.

Segue uma elástica definição do que seja corrupção, em que se põem em evidência as condutas de oferecer, dar ou aceitar por qualquer modo vantagem indevida com o intuito de distorcer a performance adequada de um dever ou comportamento (art. 2º). É de se observar que a regra não faz qualquer observa-

4 O patrimônio deve ser entendido em seu sentido técnico de universalidade de direito, isto é, como um complexo de relações jurídicas ativas e passivas, formado por força de lei para a unificação destas, porém sempre dentro de um contexto material. Sobre o assunto, cf.: Sylvio Marcondes Machado (1970, p. 98-99).

5 De fato, o *caput* do art. 12 da Convenção determina, ainda que em termos de *soft law*, que “Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.”

6 No caso da França, por sinal, foi promulgada, em 9/12/2016, a Lei n. 2016-1691, “*relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*”. Seu art. 22 inseriu, no Código de Processo Penal francês, o art. 41-1-2, disposição que permite a imposição de sanções alternativas a pessoas jurídicas investigadas por alguns crimes, dentre estes o de corrupção. Uma delas vem a ser justamente a de submeter-se a um programa de conformação (*compliance*), supervisionado pela Agência Francesa Anticorrupção, em que, como na lei brasileira, uma das medidas a ser aplicada vem a ser justamente o pagamento de indenização – supostamente integral – pelos danos derivados dos atos de corrupção por ela cometidos.

ção relativamente à natureza pública da função, o que parece ficar mais evidente quando se confrontam os arts. 4º e 5º da Convenção.

O ponto alto do tratado parece ser a previsão contida em seu art. 3º, pela qual se formula expressamente a possibilidade de indenização por danos extrapatrimoniais.⁷ A norma representou um importantíssimo avanço nas discussões sobre a matéria, pois pela admissão dos danos morais viabiliza-se uma estrutura de reparação civil com capacidade real para infligir reprimendas dissuasórias para os ilícitos aqui destacados.

Com efeito, a limitação das indenizações apenas para a reparação dos danos patrimoniais reduziria sensivelmente o potencial repressor do documento. Para fins dissuasórios, a possibilidade de utilização dos danos morais gera, como efeito prático, a imposição de um “mal maior” para quem pratica o ilícito, diminuindo concretamente qualquer possibilidade de lucro em função das vantagens indevidas que pretendeu aferir. Além da natural devolução do que foi obtido de maneira ilegal (danos materiais), a condenação em danos morais permitiria um **acréscimo** na condenação civil, servindo como fonte de desestímulo para corrompido e corruptor.

É claro que não se está pretendendo equiparar o *dano moral* a uma modalidade de multa, não sendo essa evidentemente sua função. Dano moral e multa, como se sabe, têm natureza e eficácia jurídica distintas, como já afirmou a 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa, em julgado datado de 5 de novembro de 1996 (FRANÇA, LEGIFRANCE, 1996). A multa decorre da conduta ilícita, sendo sanção típica de Direito Público. O dano moral, como forma de dano que é, exigirá sempre uma concreta lesão a um bem juridicamente protegido. A depender do contexto, uma dada situação poderá ensejar a aplicação de multas, como sanção administrativa ou penal, mas não necessariamente o dano moral.

O art. 4º da Convenção fornece os elementos identificadores para a configuração da responsabilidade civil por corrupção. Em sua primeira parte, a norma diz que a obrigação de indenizar decorrente de ato de corrupção é prioritariamente oponível contra aquele que o cometeu ou veio a autorizá-lo. Em seguida,

7 Na versão inglesa da Convenção: “Article 3 – Compensation for damage 1 Each Party shall provide in its internal law for persons who have suffered damage as a result of corruption to have the right to initiate an action in order to obtain full compensation for such damage. 2 Such compensation may cover material damage, loss of profits and non-pecuniary loss.”

descreve hipótese ainda mais interessante: falhar em adotar mecanismos razoáveis para prevenir um ato de corrupção. Ou seja, a Convenção também considera possível a responsabilização civil em virtude de atos omissivos, quando for possível – e sempre o é – fazer algo para impedir tal prática.⁸

A aplicação da regra, naturalmente, recomenda especial cuidado, seja para evitar seu alargamento indevido, seja, ao contrário, para lhe reduzir o escopo. O que a norma parece considerar é a existência de um dever especial de diligência em impedir o ato de corrupção tanto na esfera pública como particular. Se não há uma fiscalização adequada e isso foi capaz de propiciar as condutas de corromper-se ou ser corrompido, aquele a quem competia tais atos de vigilância também responderá civilmente por essa omissão juridicamente relevante.⁹

O Tratado prevê, portanto, múltiplas formas de responsabilidade. Condensadas, todavia, em uma redação sintética, demandará grande atenção quando houver de ser aplicada. Note-se ainda que as condutas descritas no art. 4º são autônomas, isto é, são civilmente ilícitas qualquer uma delas. Desse modo, qualquer um dos partícipes poderá ser demandado dentro de sua esfera de imputabilidade, mas, logicamente, não se impede a inclusão de todos no polo passivo da lide.

Por exemplo, suponha-se que uma empresa multinacional se envolva em um episódio de corrupção ativa, subornando funcionário público. Podem ser responsabilizados tanto o empregado que realizou a conduta ilícita propriamente dita como o diretor que a ordenou, sem falar da própria empresa, que não exerceu atos de diligência suficientemente aptos para impedi-la, numa clara preocupação com as regras de *compliance*. Haverá, nesses casos, uma relação de solidariedade, como diz a convenção expressamente em seu § 1º, art. 4º.¹⁰

No que se refere ao Estado, ou às pessoas de Direito Público em geral, seu art. 5º incorporou claramente a ideia de risco administrativo. Com efeito, passa a ser assegurada a existência de ação reparatória contra o Estado a todo aquele

8 Na versão inglesa da Convenção: *Article 4 – Liability 1. Each Party shall provide in its internal law for the following conditions to be fulfilled in order for the damage to be compensated: i the defendant has committed or authorised the act of corruption, or failed to take reasonable steps to prevent the act of corruption; ii the plaintiff has suffered damage; and iii there is a causal link between the act of corruption and the damage.*

9 Exemplificativamente, seria o caso de deixar uma grande empresa não implementar ferramentas de *compliance* diante de suspeitas de corrupção por parte de seus funcionários.

10 Na versão inglesa da Convenção: *2. Each Party shall provide in its internal law that, if several defendants are liable for damage for the same corrupt activity, they shall be jointly and severally liable.*

que houver sofrido prejuízos em decorrência de um ato de corrupção praticado por funcionário público no exercício de suas funções.¹¹

3 O DEVER DE REPARAR NA LEI 12.846/13

Segundo alguns doutrinadores, o aspecto inovador da Lei 12.846/13, em matéria de responsabilidade civil, é que ela criaria um sistema indenizatório próprio para as práticas que define, as quais são definidas em seu art. 5º, mas que bem podem ser resumidas na redação constante de seu art. 1º, a saber: *a prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*. Dito de outra forma, a norma legal teria inovado ao estabelecer as características constitutivas de uma modalidade especial de responsabilização civil, constituindo, assim, um microsistema específico em relação ao Código Civil.

O ponto, todavia, é que, nada obstante a referência à responsabilização civil como um de seus marcos regulatórios, a Lei Anticorrupção, na realidade, pouco discorre acerca do dever de indenizar decorrente de ilícitos contra a administração pública. Preocupa-se, assim, muito mais com sanções de ordem administrativa e assemelhadas que propriamente associadas à responsabilidade civil, pelo menos em seu sentido tradicional. Desse modo, apenas em pouquíssimas oportunidades foi que a norma em estudo referiu-se diretamente ao dever de indenizar, como, por exemplo:

– Em seu art. 6º, § 3º: para dizer que a aplicação das sanções administrativas nela previstas não exclui, sob qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado;

– Em seu art. 13 e parágrafo único: para dizer que “a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções” nela estabelecidas, bem como esclarecendo que o crédito apurado deve ser inscrito em dívida ativa, acaso não pago;

– Em seu art. 16, § 3º: para dizer que o acordo de leniência não pode conter cláusula que desobrigue a pessoa jurídica causadora do ilícito de reparar integralmente o dano causado.

– No parágrafo único de seu art. 21: para dizer que “a condenação torna

11 Na versão inglesa da Convenção: *Article 5. Each Party shall provide in its internal law for appropriate procedures for persons who have suffered damage as a result of an act of corruption by its public officials in the exercise of their functions to claim for compensation from the State or, in the case of a non-state Party, from that Party's appropriate authorities.*

certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito”, cujo respectivo valor deverá ser apurado em posterior liquidação, se já não constar expressamente da sentença.

A despeito, portanto, de toda propaganda feita por vários setores da doutrina, a Lei Anticorrupção não criou um sistema próprio que retrata apenas genericamente a responsabilização civil das pessoas jurídicas já existente no Direito Civil comum. Ao contrário, perdeu-se a oportunidade de nela serem inseridos institutos que, embora polêmicos, poderiam dar maior funcionalidade ao sistema. Por exemplo, dentre outros, a possibilidade de fixação de **danos punitivos**, categoria que já se encontra positivada inclusive em países com tradição jurídica semelhante a nossa, como na Argentina (*art. 53 bis da Ley 24.240*).

Nesse cenário, a Lei 12.846/13 tem sua aplicabilidade definida por dois critérios, um subjetivo, definidor daqueles agentes em relação aos quais ela possui incidência, e outro objetivo, ordenador das condutas propriamente ditas consideradas ilícitas sob seu regramento. Apenas a conjunção de ambos os critérios torna possível a regência da Lei Anticorrupção. A assertiva é até iterativa, do ponto de vista lógico, mas precisa ser referida na medida em que pode alterar a forma pela qual se realiza a responsabilidade dos envolvidos (critério de imputação).

Em relação ao seu âmbito subjetivo, encontram-se alcançados pela Lei Anticorrupção, conforme destaca o parágrafo único do art. 1º, as sociedades empresárias e as 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.

No ponto, percebe-se que a Lei não se referiu a todas as pessoas jurídicas mencionadas no art. 44 do Código Civil, entre elas a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli, cuja constituição é prevista no art. 980-A do Código Civil e que em tudo é assemelhada às sociedades empresárias.¹² Parece que o legislador deixou-se ser levado pela confusão indevida que muitas vezes se faz entre **sociedade** e **pessoa jurídica**, sendo estas entendidas como gênero do qual aquelas são espécies (art. 44 do Código Civil).

12 Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei n. 12.441, de 2011)

Assim, enquanto o *caput* do art. 1º fala em **pessoa jurídica**, o parágrafo único trata tão somente de sociedades, associações e fundações, deixando de fora a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, os partidos políticos e as organizações religiosas, sendo evidente a omissão. Como se trata de **pessoas jurídicas**, mesmo não estando prevista explicitamente no parágrafo único do art. 1º da Lei 12.846/13, é imperativo concluir que a relação em tela tem caráter apenas exemplificativo e que, portanto, todas as entidades enunciadas no art. 44 do Código Civil se encontram alcançadas pelo texto legal.

O caso do empresário individual apresenta dificuldades adicionais. Não há dúvidas de que a Lei Anticorrupção afasta de sua incidência as pessoas físicas. Como esclarece a doutrina, a redação de seu art. 3º, ao dizer que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural”, não está sugerindo que elas respondem por seus atos nos termos da Lei 12.846/13. Ao contrário, eles o serão dentro das normas gerais constantes do Código Civil, se bem que a própria Lei Anticorrupção explicita que eles respondem a título de culpa. Ou seja, na prática ela própria destaca a excepcionalidade. (CARVALHOSA, 2015, p. 69).

Ora, é sabido que o empresário individual é pessoa física, nos termos do art. 966 do Código Civil. (GONÇALVES NETO, 2012, p. 75). Trata-se, assim, de pessoa física mas que, diferentemente do cidadão em geral, exerce atividade empresarial e, nesses termos, encontra-se em situação idêntica, teleologicamente falando, às pessoas jurídicas mencionadas na Lei n. 12.846/13. Para deixar mais claro o argumento, observemos que em outros ramos do Direito tal equiparação ocorre de longa data. É o caso, por exemplo, nas relações tributárias, na qual o empresário é considerado contribuinte pessoa jurídica e não física.¹³

Se “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem ius*”, não deveria o empresário ser também alcançado pela Lei n. 12.846/13? Mais ainda, alguns institutos, para o bem ou para o mal, são próprios da Lei Anticorrupção, não fazendo sentido nem impedi-lo de ter acesso aos que se lhe mostrarem favoráveis (acordo de leniência, por exemplo) e nem constituir motivo para não lhe aplicar as sanções dela, quando pertinentes.

Em termos estritos de responsabilidade civil, contudo, pode-se dizer, como no chiste lusitano, que continua “tudo como dantes.” De fato, podendo ter ido além em certos pontos, como em relação à possibilidade de definir a existên-

13 Nesse sentido, *vide*: art. 2º do Decreto-Lei n. 1.706/79; o § 1º do art. 150 do Decreto 3000/99 e o art. 3º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1.634/16.

cia de figuras como dano moral, coletivo inclusive, não inovou um instituto sequer em relação ao tema. Com efeito, já fazendo vênia às inúmeras e respeitáveis posições em sentido contrário, nem mesmo a tal responsabilização objetiva da empresa pode ser considerada um grande avanço na matéria.

É que, como anotam outros alentados autores, a imputação objetiva da empresa já poderia ser obtida, por exemplo, diante da noção de risco de atividade constante do parágrafo único do art. 927 do Código Civil.¹⁴ Existe, não se desconhece, toda uma discussão acerca do modo pelo qual o critério de imputação deverá ser posto em prática.¹⁵ Há, de fato, quem sustente que, como o ato de corrupção é praticado por pessoa física, não se deve deixar de apurar o elemento subjetivo da conduta do agente, havendo a partir daí uma quase automação da empresa em responder perante os terceiros pelos atos de seus empregados.

Nisso consistira a responsabilização objetiva da Lei n. 12.846/13. O tema não será abordado aqui, até porque objeto de investigação detalhada em outros artigos que compõem essa coletânea. O ponto que se quer demonstrar, contudo, é que essa não é uma questão propriamente nova. Ela frequenta o Direito brasileiro de longa data, inclusive quando vigorava o anterior Código de 1916, em função da regra que estabelece a responsabilidade do empregador por atos do empregado (art. 932, III, do Código Civil de 2002; art. 1521, III, do Código Civil de 1916).

De qualquer modo, o tema, pelo menos em relação à responsabilidade indireta do patrão pelos atos dos empregados, parece haver sido dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça. A elevada Corte, com efeito, tem, em seus derradeiros pronunciamentos, afirmado que os responsáveis legais exercitam “poderes de mando, autoridade, vigilância ou guarda em relação aos causadores imediatos do dano, do que decorre um dever objetivo de guarda e vigilância.” (BRASIL, STJ, REsp 1.433.566/RS).

4 DANO MORAL E ILÍCITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

A admissibilidade dos danos morais é, a nosso sentir, um dos pontos mais interessantes na análise da Lei n. 12.846/13. Como se viu, a *Civil Law Convention on*

14 Art. 927 [...]

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

15 Nesse sentido, confira: Rogério Gesta Leal (2014, p. 39-40) e Patrícia Toledo de Campos (2015, p. 163-164).

Corruption explicitamente considera a possibilidade. No caso brasileiro, nem a Lei 12.846/13 e nem a já conhecida Lei 8.429/92 esclarecem se, no conceito de **reparação ou ressarcimento integral do dano**, termos utilizados por ambas, estaria incluída a condenação por danos morais.

A questão tem implicações teóricas as mais diversas. Em primeiro lugar, parece iterativo que, sim, há uma manifesta lesão ao patrimônio imaterial diante de um ato de corrupção, suposto que mais do que nunca tem-se a percepção que a lisura do homem público é um dos valores mais claramente protegidos pela ordem vigente. Quanto a isso, inclusive, pode-se fazer menção ao rumoroso caso *Cir. v. Fininvest*, julgado pela Corte de Cassação italiana e pela qual se asseverou que a corrupção de um agente do Estado, no caso, de um juiz, seria tão grave que atingiria um verdadeiro direito fundamental que todo cidadão tem a um funcionário público imparcial.¹⁶

A lógica aplicada foi a de que uma decisão viciada de corrupção colocaria por terra a garantia constitucional de um juízo imparcial e, em decorrência, o direito ao devido processo legal. Portanto, violaria o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como o art. 111 da Constituição Italiana, como fartamente demonstrado pela Sentença n. 8537, de 10 de julho de 2015, originária da *Corte di Appello di Milano*.¹⁷ É interessante destacar que tais danos extrapatrimoniais foram considerados devidos por uma pessoa jurídica a outra, configurando, assim, a tipicidade padrão da Lei n. 12.846/13.

Todavia, cuidar-se-ia de uma lesão a um interesse coletivo, ou da própria pessoa jurídica de Direito Público prejudicada pelo ilícito? Conclui Modesto Carvalhosa que tais danos possuem natureza coletiva e, desse modo, indenizáveis em caráter extrapatrimonial coletivo (CARVALHOSA, 2015, p. 394-395). Há a possibilidade, outrossim, como proclama agora outra parte da doutrina, de se vir a qualificá-los como uma variante do próprio dano coletivo: **o dano social**.¹⁸

Nada obstante, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça pontificou no sentido de que “do eventual dano decorrente de ato de impro-

16 O trecho consta da página 165 da Sentença 21.255, de 27/06/2013, Rel. Consigliere Giacomo Travaglino, oriunda da 3ª. Seção Civil da Suprema Corte de Cassação, que decidiu em instância final da disputa de *Cir. v. Fininvest*. A íntegra da decisão pode ser encontrada em: <<http://www.giuridanella.it/wp-content/uploads/2013/09/lo-do-mondadori.pdf>> Acesso em: 29 jun. 2018.

17 *Sentenza 10 luglio 2015; Giud. Nadia Dell’Arciprete; Soc. Cir – Compagnie industriali riunite (Avv. Roppo, Rubini) c. Soc. Fininvest (Avv. Frignani, Saletti, Lepri, Vacarella)*.

18 Qualificando expressamente o ato de corrupção como dano social: Reis Friede e Luciano Aragão (2016, p. 214).

bilidade administrativa não decorre dano coletivo previsto no art. 81 da Lei n. 8.078/1990". (BRASIL, STJ, AgRg no AREsp 478.386). O raciocínio, por óbvio, é extensível às hipóteses tratadas pela Lei Anticorrupção, pois idêntica a razão jurídica que anima ambos os diplomas. Interessante destacar, a propósito, que o voto condutor utilizou como argumento o fato de que a conduta do funcionário que se deixa corromper enseja, pela **ignomínia e pelo desvio moral que cria**, um dano; porém este não chega a ser coletivo, na medida em que não se pode inferi-lo como algo inerente a um contexto difuso ou coletivo.

Parece, desse modo, que a Corte Superior, embora reconhecendo a reparabilidade extrapatrimonial, decorrente de um episódio de improbidade ou corrupção, não o admite como dano de natureza coletiva e sim de uma situação em que a própria pessoa jurídica de Direito Público é a titular do crédito, por haver sido denegrada em sua imagem. Esse, por sinal, vem a ser exatamente o raciocínio que foi utilizado no STJ naquele que é considerado o principal precedente em torno do assunto, a saber, o Recurso Especial n. 960.926/PB.

Tratava-se o caso de uma ação de improbidade administrativa na qual se discutiam as sanções a serem aplicadas a um gestor público que não realizou as obras de construção de um hospital, tendo ainda desviado as verbas públicas correspondentes. Na visão do Superior Tribunal de Justiça, isso prejudicou a credibilidade da União perante os munícipes de Chalé, no Estado de Minas Gerais. Além disso, a **corrupção** em seu sentido amplo, teria ocasionado verdadeiro sofrimento à coletividade.

Em seu voto, o relator, o então Ministro Castro Meira, afirmou que a pessoa jurídica de Direito Público poderia sofrer dano moral por um ato ímprobo em função do descrédito e do desprestígio que ele acarreta, trazendo "o desânimo dos agentes públicos e a descrença da população, que, inclusive, prejudique a consecução dos diversos fins da atividade da administração pública". (BRASIL, STJ, REsp 960.926).

É certo, contudo, que o mesmo STJ já se posicionou no sentido contrário, a saber, de que a pessoa jurídica de Direito Público não poderia sofrer danos morais. (BRASIL, STJ, REsp 1.258.389). Haveria, então um impedimento para a incidência dos danos morais nessas hipóteses? Vale dizer, o particular lesado por um ato de corrupção poderia postular danos morais, em razão de o ato violar sua legítima esfera de interesses, mas à pessoa jurídica de Direito Público não seria conferido igual direito? A resposta necessariamente deve ser negativa, sob pena de criar um paradoxo axiológico inadmissível.

E ela é, de fato, negativa: basta examinar de modo sistêmico ambas as decisões. O que aparentou ser dito no Recurso Especial n. 1258389/PB é que não existe genericamente uma ofensa à imagem ou à honra das pessoas jurídicas de Direito Público. No caso de atos de improbidade, neles, logicamente, abrangidos os de corrupção, todavia, já há previsão abstrata em legislação própria acerca da reparação integral do dano, o que, obviamente, abrange o moral.

Talvez por isso o Ministro Castro Meira destacou em seu voto, quando do julgamento do Recurso Especial 960.926/PB já mencionado: “Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.”

Então, que resposta dar para a pergunta inicialmente proposta? Sim, parece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a condenação em danos morais nas situações ilícitas veiculadas pelas Leis n. 8.429/92 e n. 12.846/13. Porém, resta saber se a título de danos morais coletivos ou próprios, no caso, da pessoa jurídica de Direito Público atingida. E aqui, uma vez mais, não se trata de mera questão bizantina, visto implicar diretamente sobre questão dos legitimados ativos para cobrá-los.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate à corrupção pode – deve, na verdade – ocorrer para além do Direito Penal e Administrativo, de maneira que o Direito Civil consiste em meio hábil a dar uma monolítica contribuição ao prescrever medidas para a rápida cobrança dos danos ocorridos em razão de episódios de corrupção. O uso da Responsabilidade Civil para tal fim permite uma análise mais flexível da prova, além de não esbarrar naquelas inúmeras limitações do Direito Público sancionador, cuja legalidade é sabidamente mais rigorosa.

Nesse contexto, exemplos internacionais como a Convenção de Mérida e a *Civil Law Convention on Corruption*, como a prática jurisprudencial estadunidense também o faz de longa data, indicam ser perfeitamente possível sistematizar a ideia de reparação civil para fazer frente a episódios de corrupção. Isso se dá por meio de demandas em que o particular, ou mesmo a Fazenda Pública lesada, poderá reaver com rapidez os prejuízos deles decorrentes. No caso brasileiro, tanto a Lei de Improbidade como a Lei Anticorrupção passaram a fornecer uma

disciplina normativa mínima para a obtenção de indenizações civis aptas a desestimular a prática.

Além disso, aceitando-se que elas permitiram a condenação dos envolvidos em danos morais, efetivamente poder-se-ia gerar um real sentimento dissuasório em razão do receio de se aumentar o montante pecuniário devido por todos aqueles envolvidos no *pactum sceleris*. Finalmente, tais indenizações podem se realizar de modo mais ágil e dinâmico, alcançando inclusive seus responsáveis indiretos com maior facilidade, demonstrando o grande potencial da responsabilidade civil no combate à corrupção. Um flanco novo que se abre numa batalha em que cada mecanismo empregado para ganhá-la é de crucial importância.

REFERÊNCIAS

BONELL Michael Joachim, MEYER, Olaf. The Impact of Corruption on International Commercial Contracts – General Report. In: Bonell M., Meyer O. (eds) *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Springer: Cham, 2015. p. 1. *Ius Comparatum Global Studies in Comparative Law*, v. 11.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 478.386*. Primeira Turma, Relator para Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 20-6-2017, *DJe* 22-8-2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 960.926*. Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 18-3-2008, *DJe* 1^o-4-2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1258389*. Quarta Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 17-12-2013, *DJe* 15-4-2014.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei n. 12.846/2013: Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. Lei 12.846/2013. São Paulo: RT, 2015

DAHLSTRÖM, Carl; LAPUENTE, Vitor; TEORELL, Jan. *The merit of meritocratization: politics, bureaucracy and the institutional deterrents of corruption*. *Political Research Quarterly*: v. 65, n. 3, p. 656-668, 2012.

FRANÇA. Legifrance. *Cour de Cassation, Chambre civile 1*, du 5 novembre 1996, 94-14.798, Publié au bulletin. Disponível em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007035938&fastReqId=1899765703&fastPos=1>>. Acesso em: 15 jun. 2017

FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, jul./set., 2016, p. 214.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4 ed. São Paulo, RT, 2012.

HAM, Margit van. Korruption contra Entwicklung – was tun? *Die Friedens-Warte*: v. 71, n. 2, p. 189-198, 1996.

LEAL, Rogério Gesta. A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. *Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014. p. 39-40. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87124>>. Acesso em 16 set. 2018.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

WHITE, G. Edward. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford Press, 2003.

A evolução do compliance: de sistema de gestão empresarial a instituto jurídico

Danielle Pinheiro Diógenes Lima¹

1 INTRODUÇÃO

As práticas corruptas têm-se tornado um dos problemas característicos do mundo globalizado. Os seus efeitos destrutivos afetam a concorrência leal, a dinâmica de inovação e crescimento do setor privado, o crescimento econômico e a própria efetivação de direitos sociais, além de reduzir a eficiência e a credibilidade de entes públicos e privados.

Em geral, a palavra corrupção está associada a expressões como suborno ou propina, mas as práticas corruptas vão muito além do suborno de funcionários públicos para vencer licitações públicas ou efetivar trocas de serviços governamentais. Na verdade, por ser cada vez mais comum encontrar condutas antiéticas praticadas no âmbito privado, o legislador brasileiro, seguindo experiências estrangeiras, tem estabelecido mecanismos de combate à corrupção focados especificamente nas empresas privadas.

A recente Lei Anticorrupção brasileira – Lei 12.846/2013 – é exemplo disso. Além de prever a responsabilidade objetiva, civil e administrativa, de empresas por práticas corruptivas, também apontou o *compliance* como um importante instrumento jurídico para estimular a empresa a desempenhar suas atividades de forma íntegra e ética, afastada de práticas corruptas, prevendo, inclusive, a possibilidade de mitigação das responsabilidades nos casos de constatação de

1 Mestre em Direito Privado, pela UNI7; Especialista em Direito Penal e Processual Penal, pela Faculdade Damásio de Jesus; Graduada em Direito, pela UNI7; Advogada.

um programa de *compliance* efetivo.

Referida lei instituiu sanções bastante severas para as empresas praticantes de atos corruptivos contra órgãos públicos. Estabeleceu, ainda, um rigoroso procedimento de apuração da responsabilidade ao designar a regra da responsabilização objetiva, que independe de culpa. No mesmo contexto, previu duas instâncias, independentes e complementares: a primeira, na esfera administrativa, com a aplicação das sanções por autoridades administrativas, de multa e publicação extraordinária da condenação administrativa, além da necessária reparação de danos, com base na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que tenha praticado uma conduta típica prevista na lei (art. 5º); e a segunda, na esfera judicial, com a finalidade de buscar a reparação integral do dano (ressarcimento material e indenização moral), além de rigorosas sanções como a extinção compulsória da empresa, suspensão de suas atividades, proibição de receber incentivos de qualquer natureza, e o perdimento de bens, direitos ou valores relacionados ao ato lesivo (arts. 19 e 21), também com base na responsabilidade objetiva da empresa.

Esse modelo de responsabilização da empresa pela prática de atos corruptos abrange tanto a responsabilização objetiva da entidade coletiva que praticou o ato corrupto (responsabilidade direta ou por ato próprio) quanto à responsabilização desta pela prática de atos corruptos de terceiros, como os prepostos e parceiros (responsabilidade indireta ou por fato de terceiro), ou por suas coligadas, controladas, consorciadas (responsabilidade solidária). Tudo isso sem prejuízo da apuração da responsabilidade individual dos dirigentes e dos integrantes da pessoa jurídica (responsabilidade civil subjetiva e/ou responsabilidade penal).

Pois bem. Analisando-se a forma de apuração desse modelo de responsabilidade previsto na lei anticorrupção, percebe-se que o *compliance* pode exercer um papel central, por ser um dos principais instrumentos de aferição da existência de políticas de integridade das empresas. O *compliance* tem sido exigido tanto pelas autoridades administrativas como pelas judiciais, como condição de não aplicação das severas sanções previstas na lei, o que a *contrario sensu* configura o instituto como instrumento mitigador de benefícios jurídicos para as empresas.

Assim, com o fim de demonstrar como se deu a evolução do sistema de *compliance*, de mero sistema de gestão empresarial a instituto jurídico mitigador da responsabilidade prevista na lei anticorrupção, o presente artigo se propõe a

analisar as principais leis estrangeiras e brasileiras que contribuíram para essa evolução, bem como os pilares essenciais que compõem a estrutura do *compliance* efetivo e suas principais funções. O objetivo é demonstrar que, apesar de o programa ser essencialmente de gestão empresarial, a sua função supera a mera logística e administração das atividades empresariais, alcançando um patamar de *status* jurídico garantidor de que a empresa atua em ambiente ético, afastado de práticas corruptas, merecedor de benefícios jurídicos.

A fim de verificar como ocorreu essa evolução, será analisado o conceito e a evolução do *compliance*, quais as principais leis que fundamentam a sua natureza jurídica, quais os seus principais requisitos e suas principais funções e, finalmente, o seu custo de implementação.

2 CONCEITO DE COMPLIANCE

O *compliance*, termo amplamente utilizado e difundido internacionalmente, pode ser conceituado, de forma muito sintética, apenas para fins de apresentação inicial do instituto, como sendo um programa de gestão empresarial que apresenta uma organização complexa, composta por diversos componentes que interagem entre si, com o fim de proporcionar o desenvolvimento de conduta ética dentro do ambiente empresarial.

A legislação brasileira adota a expressão “procedimentos e mecanismos internos de integridade” para se referir ao instituto e prevê diversos efeitos jurídicos decorrentes de sua implementação, inclusive a mitigação das responsabilidades de empresas envolvidas em práticas corruptivas, o que talvez represente uma das principais vantagens do instituto.

O *compliance* é considerado uma quebra de paradigma, uma espécie de marco legal de *governança corporativa*, e liga-se à noção de *accountability* que, por sua vez, está relacionado com o dever de prestação de contas, de eficiência, de transparência, em que a organização deve adotar mecanismos de controles técnicos de gestão (GÓIS, 2014, p. 98-117).

A etimologia da palavra *compliance* deriva do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto. Sendo assim, *compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 2).

Quando analisamos o surgimento do *compliance*, chegamos facilmente à

conclusão de que ele não nasceu como um instituto jurídico. Na verdade, ele surgiu por dois motivos principais: primeiramente, relacionado à necessidade de demonstração da boa reputação da empresa, pela exigência de mercado referente à comprovação de integridade da gestão como condição para a realização de negócios; e, em segundo lugar, por questões econômicas, ligadas à necessidade de diminuir o problema da concorrência desleal, pois, na medida em que uma empresa se utiliza da corrupção para ganhar concorrência e destaque no mercado, ela ganha vantagens e favorecimentos indevidos, causando prejuízos àquelas que não aceitam se submeter às mesmas práticas espúrias.

Dessa forma, as próprias empresas passaram a exigir um padrão mínimo de integridade ética para evitar, ou minimizar a corrupção, utilizando-se do *compliance* como instituto de controle *interpretado*, em que uma empresa “fiscaliza” a outra.

Na medida em que esses programas de integridade foram evoluindo, o próprio direito positivo, não só no Brasil, mas também em várias partes do mundo, passou a conferir diversos efeitos e consequências jurídicas decorrentes de sua implementação, criando uma regulamentação abrangente com previsão de deveres, obrigações e sanções jurídicas derivadas de sua adoção ou não.

Os efeitos jurídicos do *compliance*, especialmente em relação à mitigação da responsabilidade das empresas por atos de corrupção, são dimensionados, em grande medida, pelo grau de efetividade ou de robustez do programa adotado. Desse modo, é importante compreender o significado do *compliance*, seu processo de evolução, estrutura e função, para que se consiga perceber os efeitos de sua aplicação na responsabilização objetiva prevista na lei anticorrupção.

O programa abrange não só o ordenamento jurídico local, em suas especificidades, mas também as Convenções Internacionais, Códigos de Ética, códigos de melhores práticas, políticas internas da organização e o código de ética ou de conduta das organizações. Há também normas não cogentes, que podem servir de base aos programas de *compliance*, como a Norma AS 3806:2006².

Em verdade, o desenvolvimento do *compliance* em várias partes do mundo tem proporcionado uma regulamentação cada vez mais complexa e abran-

2 AS 3806:2006. *Regulamentações de Mercado*. Disponível em: <<http://www.polyitsolutions.com.br/glossario/conteudo-grc/regulamentacoes-de-mercado/>>. Acesso em: 5 dez. 2015: “Norma Australiana AS 3806, edição 2006, é o primeiro padrão do mundo a apresentar os princípios para o desenvolvimento, implementação e manutenção de Programas de *Compliance* eficazes, tanto em organizações públicas quanto privadas. Tais princípios têm por finalidade ajudar as organizações a identificar e reparar deficiências em seu *compliance* e a desenvolver processos para a melhoria contínua nessa área”.

gente, o que justifica uma análise de seu processo evolutivo para compreender o estado atual do instituto. É o que se verá a seguir.

3 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE COMPLIANCE

O programa de *compliance* monitora e integra o desenvolvimento das atividades empresariais, o relacionamento com os acionistas, com os fornecedores e com os clientes, buscando pautar tais relações no respeito à ética e na conformidade com a lei. Em linhas gerais, pode-se dizer que a finalidade central do *compliance* é combater as fraudes no ambiente de negócios.

Seu surgimento, como instituto jurídico, remonta à aprovação, nos Estados Unidos, do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA (ESTADOS UNIDOS, 2012), assinado em 10 de dezembro de 1977, que estabeleceu regras de conduta para orientar não só as empresas norte-americanas (os *domestic concerns*) como também as estrangeiras que lá emitem valores mobiliários ou que se utilizam do território ou estrutura (bancos, sistema de comunicação, aeroportos etc.) dos Estados Unidos para negócios. Referida lei criou sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional.

Por meio desse documento, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*US Department of Justice — DOJ*) e a Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission — SEC*) passaram a poder aplicar sanções às empresas por violações ao FCPA ou mesmo propor acordos para evitar ou encerrar processos.

Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens N. Rizek Junior explicam que o FCPA foi o primeiro instrumento legal a criminalizar a conduta de subornar ou corromper agentes públicos estrangeiros, tendo surgido diante da necessidade de apuração de pagamento de propinas por várias grandes empresas norte-americanas, como a Exxon, a Northrop e a Lockheed (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 25). A ideia central para a edição da lei, segundo os autores, foi no sentido de que “o pagamento de propinas a um agente público é algo que desvirtua a concorrência e viola as leis de mercado, atingindo os fundamentos do regime capitalista”, que rege os Estados Unidos. Não se tratou, portanto, de questões puramente éticas e morais, mas sobretudo de “manter o sistema saudável e impedir práticas que turbavam o mercado”, complementam os autores.

A partir daí, surgiram convenções de âmbito internacional recomendando a normatização de prevenção e combate à corrupção. Primeiramente, em 29 de março de 1996, foi assinada a Convenção Interamericana contra a Corrupção

(Convenção da OEA), a qual prevê mecanismos de prevenção e combate à corrupção no setor público, bem como a punição ao suborno no setor privado (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 27); em seguida, a Organização para Cooperação Econômica Europeia (OCDE) editou uma convenção internacional, em 17 de dezembro de 1997, de abrangência bastante específica, a “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, comumente chamada de “Convenção da OCDE”, que impôs a todos os Países-membros que se comprometam a instituir legislações locais de combate à corrupção transnacional, numa tentativa de retomar a concorrência igualitária entre as empresas em âmbito internacional (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 14).

Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Rizek Júnior destacam que, após a efetivação da “Convenção da OCDE”, o FCPA foi atualizado, tornando-se mais rigoroso desde o ano de 1988 (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 25).

Apesar de o FCPA ser a grande referência no assunto, Alessandra Gonsales lembra que, antes de ele ganhar destaque, a quebra de paradigma no que tange ao desenvolvimento do *compliance* se deu com o *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* – legislação que instituiu procedimentos de controle internos das companhias de capital aberto, em 2002. A autora explica que o SOX modificou completamente a forma como as empresas reportavam suas informações aos reguladores e acionistas, “elevando a questão da governança corporativa a um novo patamar”, passando a exigir mais atenção e responsabilidade dos conselheiros, dos agentes de mercado e até dos advogados, que passaram a ser punidos, juntamente com os conselheiros, caso não comunicassem alguma eventual tentativa de manobra artificiosa para beneficiar os conselheiros em detrimento dos acionistas (GONSALES, 2016, p. 4-5).

Embora a SOX não tenha uma identificação direta com o combate à corrupção no ambiente de negócios, influenciou o desenvolvimento do *compliance* na área anticorrupção. Na verdade, essa lei impulsionou o uso do FCPA, pois até então era subaproveitada, ganhando grande destaque a partir do caso Siemens (multinacional alemã, da área de engenharia, no ano de 2006) (GONSALES, 2016, p. 9-10)³. Entretanto, é importante lembrar que, antes do caso Siemens, ocorreu

3 Resumo do **CASO SIEMENS**: o primeiro caso comprovado de corrupção internacional envolvendo a Siemens foi relatado no Japão, onde a companhia pagava propina a militares do país asiático em troca de contratos para construir navios de guerra para a frota nipônica. Autoridades alemã e estadunidenses descobriram que,

o escândalo do caso Enron⁴, em 2001, empresa de distribuição e transmissão de energia. O caso não envolvia a corrupção em si, mas uma grande fraude contábil e problemas de gestão e governança, tendo sido viabilizada a sua apuração por meio da aplicação da SOX, associada ao FCPA.

Apesar da enorme repercussão do caso Enron, atribui-se a origem do *compliance* ao caso Siemens por ter sido a maior multa já aplicada por meio do FCPA, além de ser considerado o primeiro caso envolvendo o desmantelamento de práticas corruptas fora dos Estados Unidos, numa clara demonstração de que a nova legislação possuía jurisdição de âmbito universal, por meio da qual o Estado americano podia punir empresas de qualquer local do mundo pela prática de atos corruptos.

O certo é que a punição da Siemens foi utilizada como exemplo para o mundo, pois além das pesadas multas (a empresa gastou cerca de dois bilhões de dólares entre multas e custas com o processo), muitos dirigentes da empresa foram condenados e presos. Afora a aplicação de penalidades severas, a Siemens foi obrigada a se converter em uma empresa modelo, especialmente no que tange ao desenvolvimento do *compliance* para se manter no mercado (GONSALES, 2016, p. 10). A título de ilustração, vale mencionar grande similitude do caso Siemens com o caso Andrade Gutierrez no Brasil, fruto da apuração de escândalos de corrupção na operação Lava Jato. No caso Andrade Gutierrez, ao realizar Acordo de Leniência com base na Lei Anticorrupção com o Ministério Público Federal, em 2015, foi incluída uma cláusula específica prevendo “a colaboração da empreiteira para esclarecer os ilícitos e apresentar provas e ainda a implantação de programa de *compliance* segundo padrões internacionais da Norma ISO 19600:2014”⁵.

entre 2001 e 2007, a Siemens pagou 1,4 bilhão de dólares em propinas a autoridades de diversos países, da Argentina à Nigéria, em troca de contratos públicos.

- 4 Resumo do **CASO ENRON**: essa empresa rompeu todos os paradigmas da indústria com modelos de negócios inéditos. Tais negócios eram amparados em fraude contábil, o que foi apurado pela SEC (agência que regula o mercado de capitais), e identificados, além da fraude contábil, inúmeros problemas de governança e gestão. A autora conta que, de forma resumida, a empresa tinha conseguido autorização para usar o modelo contábil conhecido como *Mark to Mark*, que permite a inserção no balanço de receitas futuras projetadas para contratos de longo prazo pelo que seria o seu valor naquele momento. O problema é que o dinheiro entrava no balanço, mas não no caixa da empresa e a Enron não recolhia os tributos sobre essas receitas. Quando se percebeu que a projeção feita pela empresa não iria se tornar realidade por questões de mercado, a Enron ruiu.
- 5 Decisão/despacho de expediente deferindo o pedido de homologação de Acordo de Leniência celebrado, proferido em 5 de maio de 2016 (processo n. 5016683-68.2016.4.04.7000. (BRASIL, 2016). Resumo do **CASO ANDRADE GUTIERREZ**: Um grande esquema criminoso de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da empresa

Voltando à evolução do *compliance*, nota-se que foi durante as investigações sobre fraudes corporativas, proporcionada pela SOX, que os agentes do DOJ e da SEC identificaram fraudes referentes a pagamentos de propinas no exterior.

Napoleão Casado Filho lembra, ainda, que a SOX “promoveu uma ampla regulação da vida corporativa, fundamentada nas boas práticas já adotadas pelo mercado” e enumera os quatro pilares da referida lei (*compliance, accountability, disclosue e fairness*), demonstrando que o *compliance* já era previsto naquele documento (CASADO FILHO, 2011, p. 78).

A partir da efetiva aplicação das referidas leis às corporações, identificou-se uma desvantagem concorrencial às empresas americanas, pois, de certa forma, a Grã-Bretanha e a França incentivavam o pagamento de vantagens ilícitas a agentes estrangeiros, já que se permitia, inclusive, que as empresas descontassem no imposto de rendas esse tipo de pagamento (PETRELLUZZI; RIZEK JÚNIOR, 2014, p. 25-26; GONSALES, 2016, p. 8). Dessa forma, a livre concorrência estava fortemente afetada de modo a beneficiar as empresas “antiéticas”, que estavam dispostas a adotar práticas de duvidosa legalidade, e a prejudicar as empresas “éticas”, que tinham que arcar com os elevados custos de transação derivados do dever de observar as normas éticas e legais, bem como renunciar aos mercados em que não fosse vantajoso seguir a lei. Tudo isso gerou uma forte pressão para adesão dos países às convenções internacionais de combate à corrupção.

Nesse contexto, foi aprovada a “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” (Convenção da ONU), em 31 de outubro de 2003. Referida convenção recomendou que fossem aprovadas normas criminalizando o suborno comercial, bem como a proibição de serem deduzidas do imposto de renda as despesas derivadas do pagamento de propinas e facilitações.

É importante ressaltar que o Brasil ratificou todas as convenções mencionadas: a “Convenção da OEA”, aprovada pelo Decreto n. 152, de 25 de junho de 2002, com reserva para o art. XI, § 1º, inc. “c”, e promulgada pelo Decreto n. 4.410/2002 (BRASIL, 2002; PAGOTTO, 2013, p. 36); a “Convenção da OCDE”, firmada pelo Brasil em dezembro de 1997 e ratificada em novembro de 2000, por meio do Decreto n. 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto n.

Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás cujo acionista majoritário e controlador é a União Federal. Em quase todo grande contrato da Petrobrás com seus fornecedores, haveria pagamento de vantagem indevida aos dirigentes da Petrobrás responsáveis calculada em bases percentuais. Parte da propina era ainda direcionada para agentes e partidos políticos que davam sustentação à nomeação e manutenção no cargo dos dirigentes da Petrobrás. O esquema criminoso foi descoberto e dentre as empresas envolvidas encontrava-se a Andrade Gutierrez.

3.678/2000 (BRASIL, 2000), (embora esta convenção tenha sido assinada posteriormente à “Convenção da OEA”, o Brasil a ratificou antes, destacando, ainda, que a da OEA é mais abrangente); e a “Convenção da ONU”, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada por meio do Decreto n. 5.687/2006 (BRASIL, 2006).

Outra importante medida legislativa foi aprovada no Reino Unido, por meio da chamada *UK Bribery Act (UBKA)* (REINO UNIDO, 2010), publicada em 2010. Referida lei, que é considerada uma das mais severas do mundo, também possui bastante destaque no combate à corrupção e implementação de programa de *compliance*.

Em 2013, com entrada em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, foi aprovada no Brasil a sua lei anticorrupção, a já mencionada Lei Federal n. 12.846/2013 (BRASIL, 2013), que previu a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, bem como a mitigação da mesma diante da efetiva implementação do programa de *compliance*.

Posteriormente, o instituto do *compliance* foi normatizado pelo Decreto n. 8.420/2015 (BRASIL, 2015), de 18 de março de 2015, o qual regulamentou a Lei n. 12.846 acima referida, especificando, dentre outros assuntos, quais os requisitos necessários que devem ser adotados na implementação dos programas de integridade, que serão vistos mais à frente.

Dando seguimento às normas anticorruptivas, o Banco Central do Brasil (Bacen) editou a Resolução n. 4.595, de 28 de agosto de 2017, que dispõe sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a qual estabelece a obrigatoriedade da implementação do *compliance* nas instituições financeiras, a ser implementado até o dia 31 de dezembro de 2017 (BRASIL, BACEN, 2017)⁶.

Alguns estados brasileiros também já editaram suas leis com as especificidades regionais e locais, como a Lei Estadual do Rio de Janeiro (Lei n.

6 “Art. 2º. As instituições mencionadas no art. 1º devem implementar e manter política de conformidade compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, de forma a assegurar o efetivo gerenciamento do seu risco de conformidade. [...] Art. 12. As instituições mencionadas no art. 1º devem implementar a política de conformidade até 31 de dezembro de 2017”. (BRASIL, BACEN, 2017).

7.753/2017)⁷ e a do Distrito Federal (Lei n. 6.112/2018)⁸. Ambas se preocuparam em não só estabelecer a obrigatoriedade da implementação do *compliance* nas empresas que mantenham contratos com a administração pública, mas também de estabelecer sanções para o descumprimento.

Vale destacar, ainda, a recente lei anticorrupção francesa – *Sapin II* (FRANÇA, 2016), de 1º de junho de 2017, que previu, de forma expressa, a obrigatoriedade de implementação do *compliance* pelas empresas francesas, ou subsidiárias de estrangeiras localizadas na França, que tenham 500 (quinhentos) empregados ou faturamento superior a 100 milhões de euros. O referido diploma francês criou um órgão anticorrupção específico (Agência Francesa Anticorrupção – AFA) para desenvolver o monitoramento e fiscalização desses programas e estabeleceu multa de até um milhão de euros para as empresas que

7 Lei n. 7.753 de 17 de outubro de 2017, do Rio de Janeiro: “Art. 1º. Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias. [...] Art. 6º. Pelo descumprimento da exigência prevista nesta Lei, a Administração Pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro aplicará à empresa contratada multa de 0,02% (dois centésimos por cento), por dia, incidente sobre o valor do Contrato. [...] Art. 8º. O não cumprimento da exigência durante o período contratual acarretará na impossibilidade da contratação da empresa com o Estado do Rio de Janeiro até a sua regular situação. [...] Art. 11. Caberá ao Gestor de Contrato, no âmbito da administração pública, sem prejuízo de suas demais atividades ordinárias, as seguintes atribuições: I – fiscalizar a implantação do Programa de Integridade, garantindo a aplicabilidade da Lei; II – V E T A D O. III – informar ao Ordenador de Despesas sobre o não cumprimento da exigência na forma do art. 5º desta Lei; IV – informar ao Ordenador de Despesas sobre o cumprimento da exigência fora do prazo definido no art. 5º desta Lei”. (RIO DE JANEIRO, 2017)

8 Lei n. 6.112 de 2 de fevereiro de 2018, do Distrito Federal: “Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as empresas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, cujos limites de valor sejam iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00, ainda que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 dias. [...] Art. 7º Para que o Programa de Integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deve apresentar relatório de perfil e relatório de conformidade do Programa, nos moldes daqueles regulados pela Lei federal n. 12.846, de 2013, pelo Decreto federal n. 8.420, de 18 de março de 2015, e pelo Decreto n. 37.296, de 29 de abril de 2016, ou pela legislação correlata superveniente, no que for aplicável. [...] § 4º O Programa de Integridade que seja meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos previstos na Lei federal n. 12.846, de 2013, não é considerado para fins de cumprimento desta Lei. Art. 8º Pelo descumprimento da exigência prevista nesta Lei, a Administração Pública do Distrito Federal, em cada esfera de Poder, aplica à empresa contratada multa de 0,1%, por dia, incidente sobre o valor atualizado do contrato. [...] Art. 13. Cabe ao gestor de contrato, no âmbito da Administração Pública de cada esfera de Poder, sem prejuízo de suas demais atividades ordinárias, as seguintes atribuições: I – fiscalizar a implantação do Programa de Integridade, garantindo a aplicabilidade da lei; II – informar ao ordenador de despesas sobre o não cumprimento da exigência na forma do art. 5º desta Lei; III – informar ao ordenador de despesas sobre o cumprimento da exigência fora do prazo definido no art. 5º desta Lei. § 1º Na hipótese de não haver a função do gestor de contrato, ao fiscal de contrato, sem prejuízo de suas demais atividades ordinárias, são atribuídas as funções relacionadas neste artigo”. (DISTRITO FEDERAL, 2018).

não se adequarem às normas (CORPORATE..., 2017).

A partir dessa contextualização histórica, percebe-se que o *compliance* foi desenvolvido, originalmente, como instrumento de governança corporativa, orientando o modelo de gestão empresarial baseado na responsabilidade social, ou mesmo de instrumento de *marketing*, sem implicação jurídica para a entidade e seus sócios. Porém, com a edição de várias normas, diretrizes e regulamentos estabelecendo requisitos para análise da efetividade do sistema de gestão em *compliance*, tornou-se um instrumento apto a avaliar a possibilidade de mitigação de responsabilidades das pessoas jurídicas, caracterizando-se como instituto jurídico pleno. Mais recentemente, nota-se uma tendência de tratá-lo como instituto obrigatório em determinados setores econômicos.

O certo é que, embora na lei anticorrupção a obrigatoriedade de implementação do *compliance* não esteja ainda expressa, percebe-se que, na prática, a exigência empreendida por parte das autoridades competentes se revela como se fosse, pois caso a empresa não demonstre a existência de um programa efetivo de *compliance*, ou pelo menos o compromisso de implantá-lo, poderá arcar com as sanções judiciais previstas na referida lei, bem como com as sanções de mercado.

Essa sanção de mercado deve-se, em especial, à possibilidade de responsabilização objetiva por atos de terceiros que representem a corporação, aumentando a exigência, por iniciativa das próprias empresas parceiras e fornecedoras, pela adoção ao sistema, por receio de ser responsabilizada indiretamente, numa espécie de controle horizontal da corrupção. É como se fosse desenvolvida uma espécie de “rede de integridade”, de maneira que uma empresa regida pelo sistema de conformidade somente realiza negócios com outras que também o possuam, ou, pelo menos, que se comprometam a seguir as normas de integridade daquela.

Esse modelo tem pressionado as empresas a adaptarem-se a um novo sistema de mercado em que as práticas corruptas e antiéticas não são toleradas. Isso ocorre por meio de um sistema de responsabilização objetiva em que cada elo da cadeia produtiva é responsável pela integridade do sistema, inclusive podendo ser responsabilizado pela prática de atos ilícitos praticados por colaboradores, fornecedores, parceiros comerciais etc. Daí a importância das empresas de não apenas adotarem programas de *compliance*, mas também de exigirem que as demais empresas com que mantém relações negociais adotem programas semelhantes e sigam códigos de conduta eticamente comprometidos.

Nesse contexto, as empresas têm adotado as diretrizes traçadas pela

OCDE, mais precisamente as do *Manual de boas práticas, controles internos, ética e compliance*, editado em fevereiro de 2010, em que são sugeridos alguns elementos essenciais a serem adotados em programas de *compliance*. As autoridades americanas também têm seguido tais diretrizes para a avaliação da efetividade do programa, quando do julgamento das responsabilidades, englobando as já existentes no U.S. *Sentencing Guidelines*. Destaque-se que o Reino Unido, seguindo a tendência mundial, também publicou um manual com as suas próprias diretrizes.

Assim, no sentido de adotar um modelo de governança corporativa baseada na responsabilidade social e no combate a práticas fraudulentas, as empresas passam a trabalhar seguindo códigos éticos, elaborados e adotados por todos que fazem parte do corpo da companhia, guiados pelas orientações das convenções internacionais e nacionais, desenvolvidos e implementados por meio do programa de gestão *compliance*.

Para que esse complexo sistema funcione de maneira harmoniosa, é necessário o estabelecimento de alguns requisitos, ou pilares, que serão especificados no tópico seguinte.

4 PILARES DO COMPLIANCE

Seguindo a tendência do *Foreign Corrupt Practice Act* e da *UK Bribery Act*, já referenciadas, a Lei brasileira n. 12.846/2013 previu em seu art. 7º, inc. VII, a análise da efetividade do programa de integridade (*compliance*) no momento da aplicação das sanções: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

É também o que se extrai do parágrafo único do art. 41 do Decreto n. 8.420/2015 que regulamenta a Lei Anticorrupção: “O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”. Ressalte-se que o referido diploma legal enumera 16 (dezesesseis) parâmetros para a avaliação do programa de *compliance*⁹.

9 Decreto 8.420/2015: “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: I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de con-

Existe também um importante instrumento que tem sido utilizado como parâmetro para a análise dos pilares do *compliance*, que é o Manual de boas práticas (o *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*) (UNODC, 2013) desenvolvido em parceria pela OCDE, o Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC) e o Banco Mundial, o qual estabelece as principais referências e instrumentos de orientação de negócios internacionais, apresentando, inclusive, estudos de casos reais de empresas sobre a aplicação destes instrumentos na prática.

Ou seja, a implementação do programa de gestão por si só não é suficiente para garantir à empresa os benefícios jurídicos, financeiros e de reputação. É de se aferir a efetividade do programa, caso contrário o *compliance* não passará de uma “palavrinha bonita” para atrair boa reputação à entidade coletiva, o que, em geral, em curto espaço de tempo, a fraude acaba sendo identificada e denegrindo a imagem da empresa. Além disso, um *compliance* não efetivo pode afastar a possibilidade de mitigação das responsabilidades ou mesmo de um eventual acordo de leniência.

A doutrina jurídica tem-se dedicado muito timidamente, ou de forma insipiente, ao tema, de maneira que, embora o termo *compliance* venha sendo falado com bastante frequência nos últimos tempos, ainda é pouco estudado e discutido no que tange às suas formas, aplicações, funções, efeitos e consequências.

No que se refere aos parâmetros mínimos exigidos para um efetivo programa de *compliance*, dentro de um padrão universal, Daniel Sibile e Alexandre

duta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei n. 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.” (BRASIL, 2015)

da Cunha Serpa (2016), tomando como base o *Federal Sentencing Guidelines Manual*, de 2011, apontam nove pilares: (1) Suporte da alta administração; (2) Avaliação de riscos; (3) Código de Conduta e políticas de *Compliance*; (4) Controles internos; (5) Treinamento e comunicação; (6) Canais de denúncias; (7) Investigações internas; (8) *Due Diligence* terceiros; e (9) Monitoramento e auditoria (ESTADOS UNIDOS, 2011).

O **suporte da alta administração** é, sem dúvida, um dos principais requisitos, pois se os diretores não estão dispostos a cumprir com o programa de integridade, transparência, ética e cumprimento dos regulamentos e normas, o sistema não irá funcionar. Sabe-se que o programa apresenta um custo relevante, de certa forma, para a empresa, que somente será superado a longo ou médio prazo com os benefícios resultantes.

A alta administração, entre outras coisas, deve conhecer e supervisionar o conteúdo e forma de operação de seu programa de *compliance*; definir um responsável capacitado pela operação rotineira e pela efetividade do programa; definir e alocar recursos adequados e suficientes para a operação do programa; e, principalmente “demonstrar em cada uma de suas ações e decisões, todos os dias, que eles não somente apoiam mas também respeitam o programa de *compliance*” (SERPA, 2016, p. 40-47).

A **avaliação de riscos** diz respeito ao estabelecimento de objetivos da empresa e a identificação dos riscos de impactos negativos no atendimento a esses objetivos. E nesse ponto é importante definir os riscos inerentes à atividade empresarial, que existem pelo simples fato de a empresa estar em funcionamento; e os riscos residuais, que são os inerentes já com a aplicação das ações de gestão de riscos e controles (IDEM, p. 21-22).

As ações de gestão de riscos e controles envolve desde a classificação individual de um risco, como a de um em relação ao outro, até a estratégia da empresa em lidar com eles: aceitar, eliminar, controlar, transferir ou explorá-los (IDEM, p. 23-30).

O **Código de Conduta e políticas de Compliance** pode ser considerado o alicerce do programa, pois estabelece os direitos e obrigações dos diretores da empresa, dos gerentes, dos funcionários, dos agentes e dos parceiros comerciais. Funciona como uma bússola que guia as decisões de toda a corporação, em especial da alta administração. Qualquer discussão acerca da efetividade de um programa de *compliance* passa pela “avaliação da existência, do nível de forma-

lização, da qualidade e do alcance das políticas e procedimentos relacionadas ao programa” (SIBILE; SERPA, 2016, p. 7).

É importante deixar claro que há diversas políticas que compõem um programa de *compliance* e, conforme explica Alexandre Serpa (2016, p. 37), cada uma delas depende de uma série de fatores:

[...] da realidade de cada empresa – como ramo de atuação, tamanho, estrutura societária, processos de tomada de decisão, processos operacionais, usos de terceiros, grau de envolvimento e negociação com órgãos públicos, grau de regulamentação e de dependência de licenças e permissões etc. – bem como dos riscos identificados.

As principais políticas de *compliance* são enumeradas por Daniel Sibile e Alexandre Serpa (2016, p. 9): anticorrupção, interação com entidades e setor público, cortesias comerciais, viagens e entretenimento, gestão de propriedade intelectual e conflito de interesses.

O pilar de **controles internos** estabelece as regras de revisão e aprovação de atividades, de documentação, de processamento e registro de transações. Esses controles internos são mecanismos que minimizam riscos operacionais e de *compliance*, segundo Daniel Sibile e Alexandre Serpa (2016, p. 10). Os autores explicam que esse controle assegura o correto registro contábil e financeiro nos livros, refletindo precisamente os negócios e operações da empresa, conforme requerido pelo FCPA e pelos instrumentos legais já elencados.

Assim, após a identificação dos riscos, da identificação dos responsáveis pelo programa e da elaboração do Código de Conduta e das políticas de *compliance*, o passo seguinte é a comunicação de todas as regras e regulamentos ao corpo de funcionários da entidade, bem como aos parceiros e fornecedores, o que se refere ao quinto pilar do programa: **Treinamento e comunicação**.

Essa comunicação deve ser em linguagem clara e adequada para cada grupo que compõe a empresa. O treinamento deve ser constante, de preferência presencial com conteúdo lúdico, em sessões curtas, e realizar sempre uma avaliação para aferir a retenção do conteúdo apresentado (SERPA, 2016, p. 52, 57).

Os **Canais de denúncias** são as principais formas de se alertar as empresas para potenciais violações ao Código de Conduta e às políticas da empresa, ou, ainda, de condutas inadequadas de funcionários ou de terceiros que agem em nome da empresa (SIBILE; SERPA, 2016, p. 13).

As denúncias podem ser realizadas das mais diversas formas, seja por telefone, por *e-mail* ou pessoalmente. O importante é que seja assegurado ao denunciante o sigilo da sua identidade, além de ser imprescindível reiterar a política de não retaliação do denunciante dentro das políticas da empresa.

Para atender às denúncias de comportamentos ilícitos ou antiéticos é necessário o estabelecimento de investigações internas, por isso a importância do pilar de ***Investigações internas***. O objetivo aqui é apurar se os fatos denunciados são verídicos, e também identificar as responsabilidades e definir sanções (como advertência verbal, escrita ou demissão) e ações corretivas (SERPA, 2016, p. 52-57).

O Due Diligence ***terceiros*** é o oitavo pilar sugerido por Daniel Sibille e Alexandre Serpa (2016, p. 16). Essa expressão americana pode ser entendida como sendo o dever de “conhecer a empresa que a representa”, ou seja, é buscar uma diligência apropriada no momento de fechar acordos ou contratos com terceiros, buscando entender as práticas dos mesmos, o seu passado e de seus administradores e sócios (SIBILLE; SERPA, 2016, p. 13).

Esse pilar ganhou destaque com a edição da Lei Anticorrupção no Brasil, Lei Federal n. 12.846/2013, pois esta imputa responsabilidade objetiva às empresas em relação aos atos ilegais praticados por terceiros. Ou seja, ainda que a pessoa jurídica não tenha se envolvido em uma conduta irregular, poderá ser responsabilizada, mesmo que sem culpa direta, se um terceiro que a representa tiver agido em seu nome e se beneficiado pelo ato.

Por fim, o nono e último pilar apontado pelos autores, o ***Monitoramento e Auditoria*** serve como uma espécie de integração dos demais, procurando identificar se estão funcionando como planejado. É por meio desse pilar que as empresas conseguem demonstrar às autoridades o funcionamento e a efetividade do programa de *compliance*.

Alguns doutrinadores entendem que a auditoria interna seria semelhante ao *compliance*, mas a auditoria interna se diferencia deste na medida em que trabalha de forma aleatória e temporal, por meio de amostragens, para certificar-se do cumprimento das normas e processos instituídos pela alta administração, enquanto o programa de *compliance* atuar de forma rotineira e permanente.

Assim, diante de todo o exposto acerca dos pilares do programa de *compliance*, percebe-se que o tema anticorrupção é apenas um dentre os tantos que são relevantes para o programa, apesar de ser inegavelmente um dos mais importantes, que apresentam reflexos consideráveis em todos os setores da empre-

sa. A depender da realidade em que a empresa encontra-se inserida, do seu momento econômico, de sua maturidade estrutural etc., desenvolve-se o *compliance* no (a) cumprimento do arcabouço regulatório, especialmente se a empresa atua em ambiente regulado; (b) nas leis de concorrência livre; (c) na saúde, ambiente e segurança da empresa; (d) nas leis trabalhistas; (e) nos aspectos de assédio e discriminação; e (e) nas leis ambientais (SERPA, 2016, p. 117).

Analisados os pilares do *compliance*, passa-se agora à análise das principais funções do instituto.

5 FUNÇÕES E CUSTOS DO COMPLIANCE

Identificam-se três funções principais do programa de *compliance*: o gerenciamento de riscos, o controle interno e a transparência.

Como o *compliance* atua na definição da atuação da empresa e no relacionamento com outras áreas, bem como no planejamento estratégico para atender ao negócio, empreende alta relevância no monitoramento de risco de *compliance*.

Esse risco de *compliance* é a expressão traduzida por Vanessa Manzi (2008, p. 39) como sendo o risco legal, ou de sanções regulatórias, de perda financeira ou de reputação que uma empresa pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e de boas práticas perante os cliente e consumidores.

O programa é de grande relevância para a fundamentação da identidade da organização e conseqüentemente para o fortalecimento da sua reputação, do seu bom nome e da sua honra. O sistema de gestão influi sobremaneira na forma como os clientes e acionistas veem as corporações e entidades coletivas.

O risco de *compliance* funciona como uma espécie de reflexo da percepção da pessoa jurídica por parte dos pesquisadores de opinião e terceiros com credibilidade, bem como do desempenho, como lucratividade e responsabilidade social.

Vanessa Manzi explica que Paul Argenti defende a ideia de que “o risco atrelado à reputação é, portanto, a perda em potencial na reputação, que poderia levar à publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, declínio na base de clientes e falência” (MANZI, 2008, p. 39).

Associado ao gerenciamento de riscos tem-se o fomento da cultura de controle interno, que visa à busca incessante da conformidade em todos os setores de forma integrada.

Com isso, o estabelecimento das informações da empresa, auditadas cons-

tantemente e divulgadas de forma criteriosa, demonstra transparência e atrai confiança dos investidores e clientes.

O *compliance* é composto por elementos que pautam o programa ético da empresa. Entre eles, está a integridade, que tanto é valor fundamental, quanto razão de ser do programa de *compliance*, estabelecendo limites com base na visão e na missão da empresa, alinhado com os interesses e responsabilidades (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 8).

Maria Balbina Rizzo, entende que as políticas internas das empresas funcionam como uma ferramenta institucional para identificar riscos e, portanto, mitigá-los para evitar perdas financeiras por sanções legais e regulatórias (RIZZO, 2013, p. 34). Logicamente, uma empresa deve desenvolver a conformidade com a lei em todos os seus setores: tributário, ambiental, trabalhista, contábil, empresarial, administrativo, concorrencial, anticorrupção etc. E o *compliance* alinha todas as atividades com base numa conduta ética, de transparência e integridade.

Sendo assim, a função essencial do *compliance* é a prevenção: de riscos de fraudes em geral, especialmente de corrupção; de risco de violação da reputação, por má conduta, por infringir determinações tributárias, ambientais e trabalhistas; de risco de sofrer sanções legais, administrativas ou judiciais, por infrações legais; de risco de responsabilização decorrente de parceria com empresas inidôneas; risco de investimento em negócio fraudulento etc.

Todos esses riscos são monitorados e controlados pelo sistema de *compliance*, evitando a concretização, ou pelo menos, a detecção de seus vestígios, e conseqüentemente a promoção da erradicação do problema.

A partir dessa função essencial, decorrem diversas outras funções, dentre as quais enumeram-se algumas: (1) Harmonização das atividades da empresa em conformidade com a lei; (2) Desenvolvimento da identidade ética da empresa; (3) Resguardo da integridade das instituições; (4) Transparência corporativa; (5) Controle de riscos residuais aos quais a empresa está submetida; (6) Mitigação dos efeitos jurídicos indesejados; (7) Obtenção de benefícios nas relações com o Poder Público e privado.

Aléxia Alvim e Luís Augusto Sanzo Brodt ressaltam que o *compliance* não é uma simples sistematização de teorias adequadas à empresa, tampouco conjunto de regras de auditoria interna, mas um conceito que “transcende tais determinações, pois combina as variadas possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial” e concluem que “a orientação primordial do programa de

compliance é sua finalidade preventiva” (FARIA; BRODT, 2016, p. 199).

Ivens Henrique Hubert, nesse mesmo sentido, destaca que “um programa de integridade pode ser o diferencial para prevenir a prática de condutas ilícitas, pois garante o controle e consciência prévios” (HUBERT, 2015, p. 37).

Ou seja, diante de todas essas perspectivas, observa-se que o *compliance* apresenta uma grande semelhança com a função veiculada pela Lei Anticorrupção, de prevenção aos atos corruptos praticados pelas pessoas jurídicas em face da administração pública. A referida lei tem exigido/recomendado a adoção do instituto pelas empresas para que estejam aptas a receber os benefícios jurídicos previstos, de forma a fomentar o permanente controle e prevenção dos riscos de práticas corruptas.

Para reforçar os benefícios de estar em *compliance* é de destacar um estudo realizado por Vanessa Manzi e Marcelo Coimbra acerca do valor comercial do *compliance*, no qual concluíram que, a cada U\$ 1,00 (um dólar) gasto com a implementação do programa, se observa uma economia de U\$ 5,00 (cinco dólares), correspondente a custos com processos judiciais, danos à reputação e perda de produtividade (COIMBRA; BINDER, 2010, p. 5).

Assim, após o conhecimento de como o *compliance* deve ser estruturado, bem como o seu funcionamento e custos (ou investimento), passa-se à análise da forma como o instituto pode atuar como instrumento mitigador da responsabilização objetiva no âmbito da lei anticorrupção brasileira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que o *compliance* deixou de ser apenas instrumento de governança corporativa para assumir o papel de instituto jurídico, tornando-se um importante instrumento de combate às fraudes que envolvem as atividades empresariais, especialmente a corrupção.

O programa de gestão empresarial passa a ter o reconhecimento de instituto jurídico pleno, uma vez que passou a ser regulamentado por diversas normas como instrumento condicionante para a promoção de benefícios jurídicos. Embora algumas dessas leis não tragam em seu bojo a obrigatoriedade de implementação do sistema de *compliance* de forma expressa, na prática, funciona como se fosse, já que se não existir, a empresa estará sujeita a sanções extremamente severas, podendo, inclusive, levar à sua extinção de forma compulsória.

O certo é que a presença do *compliance* efetivo em uma empresa propor-

ciona não só o desenvolvimento de uma gestão íntegra e ética da empresa, mas também a possibilidade de mitigação da responsabilidade objetiva das empresas que eventualmente tenham praticado atos de corrupção.

Com isso, a partir dessas constatações, resultantes das análises da estruturação do sistema de gestão de *compliance*, seus pilares essenciais e funções, associados à previsão de responsabilização objetiva prevista na Lei Anticorrupção, sobretudo do procedimento de apuração desta, tem-se que o *compliance* **é um dos** elementos essenciais à análise e considerações das autoridades, tanto administrativas como judiciais, para a formulação das decisões condenatórias, concluindo-se, por fim, pela evolução da força jurídica do sistema, passando a ser considerado como instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm> Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. _____. *Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. _____. *Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. _____. *Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. _____. *Lei n. 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. Disponível em: <<http://www.pla->

nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em : 2 jan. 2017.

_____. Banco Central do Brasil. *Resolução n. 4595, de 28 de agosto de 2017*. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_0.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. Seção Judiciária do Paraná. (13. Vara Federal). *Petição n. 5016683-68.2016.4.04.7000*. Decisão/despacho de expediente deferindo o pedido de homologação de Acordo de Leniência celebrado. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S/A. Curitiba, 5 de maio de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/05/912_DESPADEC1-MORO-HOMOLOGA-LENIENCIA-AG.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CASADO FILHO, Napoleão. *Governança corporativa: análise jurídica dos seus efeitos*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Coord). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

CORPORATE COMPLIANCE TRENDS. July 2017. Disponível em: <<http://cctrends.cipe.org/a-shift-towards-mandatory-anti-corruption-compliance/>>. Acesso em 6 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Lei n. 6112, de 2 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice; Division of Securities and Exchange Commission. *A resource guide to the United States Foreign Corrupt Practices Act: FCPA*. Washington, D.C., nov. 2012. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/515229-a-resource-guide-to-the-u-s-foreign-corrupt.html>>. Acesso em: 28 dez. 2016. Versão traduzida para o português, disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____. United States Sentencing Commission. Guidelines manual. Washington, D.C.: USSC, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/guidelines/archive/2011-federal-sentencing-guidelines-manual>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

FARIA, Alexia Alvim Machado; BRODT, Luís Augusto Sanzo. Criminal compliance em la-

vagem de dinheiro: uma introdução conceitual e regulamentar. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (Org.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. *Função de compliance*. São Paulo: FEBRABAN, [201-?]. 32 p. (Coleção Infi: Instituto Febraban de Educação). Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>> Acesso em 30 de maio de 2015.

FRANÇA. Assemblée Nationale. Session Ordinaire, 8 novembre, 2016 (2016-2017). *Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0830.asp>>. Acesso em: 6 out. 2017.

GÓIS, Veruska Sayonara de. A Lei de Compliance e sua configuração enquanto política pública regulatória para o setor privado brasileiro. *Revista Controle: doutrina e artigos*, TCE-CE, Fortaleza, v. 12, n. 2, dez. 2014, p. 98-117. Disponível em: <<http://revistacontrole.ipc.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/issue/view/5/showToc>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

GONSALES, Alessandra. *Compliance: a nova regra do jogo*. São Paulo: LEC, 2016.

HUBERT, Ivens Henrique. Compliance: um instituto com controles legais. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano 14, n. 440, 15 mai. 2015.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. United Nations Office on Drugs and Crime. *Anti-corruption ethics and compliance handbook for business*. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-corruption-ethics-and-compliance-handbook-for-business.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PETRELUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análises da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

REINO UNIDO. *UK Bribery Act*. 2010. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-quick-start-guide.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

RIO DE JANEIRO. *Lei n. 7753, de 17 de outubro de 2017*. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do es-

tado do rio de janeiro e dá outras providencias. Disponível em: <<https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. *Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro*. Prefácio: Eduardo Salomão Neto; posfácio: Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Trevisan, 2013.

SERPA, Alexandre da Cunha. *Compliance descomplicado: um guia simples e direto sobre programa de compliance*. São Paulo: CCEP, CFE, 2016.

SIBILE, Daniel; SERPA, Alexandre. *Os pilares do programa de compliance*. São Paulo: Lec Legal Ethics Compliance ebook. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/web/revisita/>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

*Os programas de compliance na Lei n. 12.846/2013 e suas repercussões em uma sociedade de riscos**

*Edilson Pereira Nobre Júnior¹
Luísa Almeida Dubourcq Santana²*

1 O CONTEXTO NORMATIVO DA LEI N. 12.846/2013 E AS TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DO COMBATE À CORRUPÇÃO

De acordo com o Dicionário Aurélio, a corrupção pode ser conceituada como devassidão, depravação, perversão ou suborno (FERREIRA, 1988, p. 182). Não obstante a tentativa do lexicógrafo, trata-se de fenômeno bastante amplo, capaz de assumir diversas formas, daí a dificuldade de reduzi-lo a um conceito que abarque, em sua inteireza, as manifestações sociais costumeiramente identificadas com o tema.

Independentemente da delimitação do conceito de corrupção, são características essenciais do ato corrupto o abuso de posição, a violação a um dever previsto em sistema normativo, a expectativa de obtenção de benefício e o sigilo (FURTADO, 2015, p. 41-42). Desse modo, a corrupção será aqui entendida numa perspectiva ampla, relacionada à pretensão de obtenção de vantagens escusas

* Texto inédito elaborado pela segunda autora, condensando exposição realizada em seminário da disciplina “Controle da Administração: novas dimensões”, ministrada pelo primeiro autor perante o Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal de Pernambuco. Ao primeiro autor coube a orientação da pesquisa, a partir de sua leitura, da qual resultaram sugestões e alterações.

- 1 **Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.**
- 2 **Advogada e integrante do Grupo de Pesquisa: Desafios do controle da administração pública contemporânea. Especialista em Direito Administrativo e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.**

em benefício pessoal, sobretudo em desfavor do interesse público.³

A amplitude e a penetração da corrupção nas relações sociais, em especial nas interações entre agente público e particular, faz com que se atraia especial atenção sobre o tema, o que importou, inclusive, na positivação da moralidade administrativa como princípio de natureza constitucional, conforme se tem do art. 37 da Constituição Federal. Nesse cenário, a moralidade no trato com a coisa pública é diretriz a ser observada, norteador o legislador na busca pelo combate às práticas entendidas como corruptas na relação entre a administração pública e o particular.

Sancionada em 1º de agosto de 2013, a Lei n. 12.846/2013 (popularizada como Lei Anticorrupção) somou-se aos diversos diplomas normativos existentes em âmbito nacional e internacional que, em maior ou menor grau, têm por objetivo tutelar a moralidade e coibir as práticas de corrupção na administração pública, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), Lei do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei n. 13.019/2014), entre tantos outros. O novo diploma se insere, assim, em um mi-crossistema de combate à corrupção, ou, na expressão cunhada por Moreira Neto e Freitas (2014, p. 3), em um “sistema legal de defesa da moralidade”.

A Lei Anticorrupção surge em um contexto de intensificação da pressão social por ética nas relações sociais e corporativas, e em compasso com compromissos internacionais assumidos pelo Brasil acerca da matéria. Com efeito, vive-se, atualmente, uma cultura de combate à corrupção, evidenciada não só pela proliferação legislativa sobre o tema, mas, em especial, pela grande atenção da mídia às práticas corruptas na administração pública e pela evidência conferida ao Ministério Público e ao Poder Judiciário na condução e julgamento de casos desta natureza.

Em consonância com o que apontam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 2), nesse norte, a agenda anticorrupção no Brasil possui duas frentes: de um lado, a criação de mecanismos de prevenção,

3 É possível falar-se em corrupção privada, o que foi, inclusive, contemplado pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto 5.687/2006, art. 12). No entanto, em razão da necessária relação entre a Lei n. 12.846/2013 e o setor público, o escopo de análise deste trabalho se centrará na corrupção pública, entendida esta como a interação entre agente público e particular em desconformidade com o interesse público.

controle e monitoramento da corrupção e, de outro, a redução do sentimento de impunidade dos agentes por meio da edição de leis que reprimam rigorosamente as condutas contrárias à probidade administrativa. É precisamente quanto ao aspecto da prevenção, controle e monitoramento da corrupção que se evidencia a importância dos programas de *compliance*, normatizados a partir da Lei n. 12.846/2013, os quais serão detalhados adiante.

A aludida lei foi sancionada pouco após as manifestações sociais de junho de 2013, iniciadas com o intuito de impedir o aumento do preço das passagens de ônibus e que logo avançaram para protestar contra a corrupção na administração pública de forma geral, o que poderia sugerir ter sido a edição do diploma uma rápida resposta do Poder Executivo às pressões pela moralização das relações entre o Poder Público e os particulares. No entanto, a lei foi oriunda do Projeto de Lei n. 6.826/2010, a evidenciar que a sua edição, conquanto possa ter sido acelerada pelas manifestações populares, já estava na agenda governamental, sobretudo em razão de convenções internacionais previamente assinadas pelo Brasil.

Nesse sentido, a Lei Anticorrupção encontra fundamento na Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), concluída em Paris em 1997 e internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto n. 3.678/2000. O art. 2 da aludida Convenção estabelece que os Estados signatários deverão adotar as medidas necessárias à responsabilização das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros, o que, no ordenamento jurídico pátrio, ainda não era suficientemente regulado, sendo privilegiada a punição das pessoas naturais.

Considerando que a responsabilização penal das pessoas jurídicas não é admitida em todos os ordenamentos⁴, a Convenção da OCDE determinou aos países signatários a adoção de sanções compatíveis com seus princípios jurídicos, sendo explícita ao exigir, no caso de inadmissibilidade de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a aplicação de sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas em face de práticas corruptas.⁵

Pode-se também citar como fundamento da Lei n. 12.846/2013 a

4 No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica está restrita aos crimes de natureza ambiental, a teor do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, bem assim da Lei 9.605/98 (art. 3º).

5 Trata-se do Artigo 3.2 da Convenção, assim redigido: “2. *Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a*

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, em alusão à cidade mexicana onde foi firmada), assinada pelo Brasil em 2003 e promulgada em âmbito interno por meio do Decreto n. 5.687/2006, cujo art. 5º prescreve que os signatários formularão e aplicarão políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, promovendo a participação da sociedade em benefício da adequada gestão dos bens públicos, por meio da integridade, transparência e obrigação de prestar contas. O mesmo dispositivo ainda estabelece que os Estados Partes deverão avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se permanecem adequadas para o combate à corrupção.

A preocupação com a instituição de avaliação periódica de medidas anticorrupção ainda não foi devidamente internalizada na legislação brasileira (FURTADO, 2015, p. 179), sendo certo, contudo, que os programas de *compliance*, abordados em item seguinte, constituem passo importante na concretização dos ditames da Convenção das Nações Unidas.

Digno de nota, quanto ao contexto normativo que ensejou a edição da Lei Anticorrupção, é o art. 26 da Convenção de Mérida, que, de igual sorte ao que prescreve a Convenção da OCDE, estatui a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção. De acordo com o dispositivo, o sancionamento das pessoas jurídicas pode se dar no âmbito penal, civil ou administrativo, conforme os princípios jurídicos de cada Estado signatário, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

Em âmbito estrangeiro, reporta-se às legislações anticorrupção americana (*Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977) e britânica (*United Kingdom Bribery Act*, de 2010), que, conquanto inaplicáveis em território brasileiro, por sua relevância internacional, também influenciaram a edição da Lei n. 12.846/2013.

Vê-se que a Lei n. 12.846/2013 não é a primeira, tampouco, arrisca-se dizer, será a última tentativa do legislador de normatizar o combate à corrupção. A abundância legislativa, além de ampliar o risco de incoerência sistemática entre os atos normativos, ainda não foi capaz de resolver o sentimento de impunidade quanto às práticas corruptas que permeiam a sociedade, sendo necessária uma efetiva transformação cultural no que tange à coibição de atos praticados por agentes públicos e particulares em benefício pessoal, afrontando o interesse público.

sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras."

Por ora, contudo, vislumbra-se na Lei Anticorrupção um incentivo à adoção de práticas de integridade nas organizações, cabendo ao legislador o papel de incentivar e influenciar as escolhas dos agentes públicos e particulares quanto a atos de corrupção. Isto é, a análise de custo-benefício do agente irá avaliar, de um lado, a vantagem esperada com a prática do ato ilícito e, de outro, o nível das sanções imputáveis em caso de descumprimento legal (SOREIDE; ROSE-ACKERMAN, 2015, p. 14). No contexto do sopesamento do binômio custo-benefício, assim, vislumbra-se na Lei n. 12.846/2013 importante instrumento para a inserção das pessoas jurídicas em práticas de gestão de risco empresarial, especialmente por meio dos programas de integridade, o que será melhor detalhado no item 3 do presente estudo.

2 AS DIRETRIZES GERAIS DA LEI N. 12.846/2013 E A NORMATIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

A Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, ampliaram a preocupação com a necessidade de penalização das pessoas jurídicas por atos de corrupção. Em que pese a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) já contemplasse o sancionamento de pessoas jurídicas por atos ilícitos, trata-se de regulamentação mais restrita, à medida que exige o conluio do particular com o agente público, além de contemplar apenas a hipótese de responsabilidade subjetiva do agente.

Nesse prisma, a Lei Anticorrupção se destaca pela previsão de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos à administração pública, praticados em interesse ou benefício da organização, que subsistirá mesmo em casos de alteração societária (transformação, fusão, cisão ou incorporação). Isso importa dizer que, para fins de punição da pessoa jurídica, com sanções que alcançam, inclusive, a dissolução compulsória da organização, tornaria desnecessária perquirir o intuito fraudulento do agente, bastando a demonstração de conduta, dano e nexos de causalidade, além da demonstração do benefício ou interesse da organização com a prática do ato.

A matéria comporta discussão, na medida em que, no campo do direito sancionador, em que se insere a Lei Anticorrupção, não haveria que se cogitar de punição sem o elemento da culpabilidade. Fábio Medina Osório destaca, a propósito, que a culpabilidade não está restrita ao âmbito penal, mas ao direito puniti-

vo como um todo, uma vez que o princípio guarda natureza constitucional, inclusive no que toca às pessoas jurídicas. Para os entes fictícios, assim, seria exigível a demonstração de intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso para que se admitisse o sancionamento (OSÓRIO, 2009, p. 347-348).⁶

Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.261, ajuizada pelo Partido Social Liberal exatamente com o intuito de questionar a responsabilidade objetiva em razão do princípio da culpabilidade. Até que concluído o julgamento, pelo STF, de eventual dissonância da Lei Anticorrupção com a ordem constitucional, todavia, permanecem hígidos os dispositivos legais que consagram a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção, a evidenciar que o tema mantém sua relevância para o funcionamento das pessoas jurídicas.⁷ Assim, ainda que discutível sob o aspecto teórico, a previsão de responsabilidade objetiva, em termos práticos, induzirá a mudança de comportamento das empresas, uma vez que a insegurança é maior para aquelas que não tiverem definidos rígidos padrões de conduta e de controle de funcionários (CAPANEMA, 2014, p. 21).

Os atos lesivos à administração pública são listados pelo art. 5º da Lei n. 12.846/2013 de maneira taxativa. No entanto, a taxatividade não reduz o risco a que se sujeitam as pessoas jurídicas, uma vez que, além da possível desnecessidade de demonstração de dolo ou culpa, os ilícitos prescritos pela lei se revestem, em muitos casos, de teor vago ou abstrato, utilizando-se de expressões como “vantagem ou benefício indevido”, “caráter competitivo de processo licitatório”, “perturbar a realização de procedimento licitatório” e “dificultar atividade de fiscalização”.

A previsão de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, somada à natureza abstrata dos tipos legais contidos na Lei Anticorrupção, evidencia a preocupação com a gestão de riscos no âmbito das pessoas jurídicas, que deverão se preparar para antever, evitar e remediar a prática de ilícitos. Nesse cenário, a aplicação das sanções na Lei n. 12.846/2013 deve levar em consideração, a teor do art. 7º do diploma legal, critérios como a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração,

6 No mesmo sentido, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 327) frisam que o direito administrativo sancionador deveria acompanhar a mesma proteção de garantias do sistema jurídico-penal. Igual percepção, de há muito restou afirmado por Nobre Júnior (2000, p. 128-130).

7 Instado a se manifestar, o Procurador-Geral da República opinou, em 18 de janeiro de 2016, pela improcedência do pedido. Até a data de conclusão deste artigo, em maio de 2018, não havia qualquer pronunciamento do STF, em decisão monocrática ou colegiada, indicando pela improcedência ou procedência do pedido.

o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com a entidade pública lesada.

O critério de dosimetria da sanção mais relevante para o objeto desta análise, entretanto, é aquele referido pelo inc. VIII do art. 7º da lei, nos termos do qual deverá ser considerada “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”, ou, em outras palavras, a existência de programa de *compliance* anticorrupção no bojo da organização. O parágrafo único do dispositivo deixou para a regulamentação do Poder Executivo a definição dos parâmetros para se avaliar a efetividade dos programas de integridade, de modo que, até a edição do Decreto n. 8.420/2015, predominou clima de incerteza quanto ao benefício associado à instituição de programas de *compliance* por pessoas jurídicas investigadas pela prática de atos lesivos à administração pública.

Muito além de critério balizador para a dosimetria das sanções contempladas pela Lei n. 12.846/2013, os programas de *compliance* devem ser enxergados como meio para se ampliar a confiança nas transações comerciais e na relação entre a administração pública e os particulares. Nas palavras de Márcia Carla Pereira Ribeiro e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz (2015, p. 91), “pela junção entre economia (mercado), direito e ética, surge a transparência, requisito essencial para o *Compliance* e, por consequência, para o bom funcionamento do mercado, visto que gera confiança e cooperação, pois os atores podem prever a jogada dos demais.”

Em última análise, portanto, os programas de integridade acarretam benefícios que ultrapassam as barreiras da Lei Anticorrupção, funcionando como instrumento para a concretização da boa-fé nas relações empresariais e contribuindo para o desenvolvimento social como um todo, na medida em que a evolução do direito é também indicativo da evolução da sociedade em uma perspectiva geral.

3 OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO E SUA INSERÇÃO NO AMBIENTE EMPRESARIAL

O termo *compliance* tem origem no inglês *to comply* e significa, em suma, estar em aderência ou em conformidade com determinado conjunto normativo, atuando

do de acordo com regulamentos e normas internas e externas impostas a uma organização, objetivando mitigar riscos legais ou regulatórios (BITTENCOURT, 2015, p. 110). Isso importa dizer que os programas de *compliance* podem ser adotados para estabelecer conformidade com qualquer sistema normativo, não apenas com o microsistema de combate à corrupção. Assim, pode-se falar em *compliance* trabalhista, criminal, regulatório, anticorrupção ou até mesmo para a obtenção de determinada certificação pela pessoa jurídica, a exemplo das concedidas pela *International Organization for Standardization* (ISO). No entanto, sua utilização se disseminou, no país, a partir da Lei n. 12.846/2013, razão pela qual a associação mais comum dos aludidos programas é precisamente com os atos lesivos à administração pública listados pela Lei Anticorrupção, que assim os define no art. 41 do seu decreto regulamentador:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A compreensão adequada da normatização e dos objetivos do programa de *compliance* anticorrupção demanda, de início, a constatação da característica essencial da sociedade moderna: a produção de riscos. Ulrich Beck destaca, neste prisma, que a produção de riqueza na modernidade tardia é acompanhada pela produção de riscos, de modo que a sociedade passa a se preocupar não com a distribuição de recursos, mas com os conflitos decorrentes da alocação destes riscos (BECK, 2011, p. 23-25).

Partindo-se desta premissa, é essencial à manutenção das dinâmicas sociais na sociedade atual a preocupação com a prevenção dos riscos invariavelmente produzidos, uma vez que suas consequências, muitas vezes, são impossíveis de serem calculadas ou antevistas (ALBUQUERQUE, 2018, p. 42). Trata-se de cenário que permeia a sociedade de forma geral, inclusive no que toca à relação entre a administração pública e os particulares, razão pela qual se vislumbrou necessária a normatização de programas de *compliance*, que, essencialmente, são voltados à detecção, prevenção e remediação de riscos.

É importante notar que, diferentemente da incerteza, o risco pode ser previsto e calculado, em um juízo de probabilidade (ZANCHIM, 2012, p. 22-37), o que não necessariamente se aplica às suas consequências. Disso decorre que, se as consequências de um dado evento não necessariamente podem ser antevistas e remediadas, aumenta a preocupação com a detecção dos riscos potenciais antes que se materializem, de forma a ampliar as chances de prevenção dos danos a eles associados antes que se concretizem no mundo dos fatos. O programa de *compliance* surge, neste cenário, como um instrumento, sobretudo, de prevenção, evitando, sob a ótica da administração pública, a prática de atos lesivos ao seu interesse e, sob a ótica do particular, danos econômicos e de reputação às pessoas jurídicas. O enfrentamento do risco, como aponta Adriana Freisleben de Zanetti (2016, p. 51), se materializa mediante ações estratégicas de controle, a partir de uma gestão baseada em analisar os impactos dos riscos nas atividades dos indivíduos e das corporações.

O caráter preventivo do programa de *compliance* anticorrupção se avilta a partir da edição do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013, haja vista que a aplicação efetiva do programa de integridade, no âmbito da pessoa jurídica, de acordo com os parâmetros e critérios definidos pelo decreto, apenas permite a subtração de um a quatro por cento do valor da multa administrativa, que pode chegar a até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos.⁸

Longe de representar mecanismo de isenção de pena, o programa de *compliance* anticorrupção deve ser enxergado como instrumento para a detecção de riscos e sua consequente prevenção, em busca não de minorar as consequências do evento danoso, mas de prevenir a sua ocorrência no âmbito da pessoa jurídica. Não se pode olvidar, por outro lado, que a efetiva aplicação de programas de integridade acarreta custos de transação para a pessoa jurídica, divididos em custos de manutenção (pessoal, treinamento, consultoria), custos de não conformidade (valores pagos a título de penalidades e tributos, perda de produtividade, honorários advocatícios, custas judiciais, perda de receita, entre

8 Enrique Bacigalupo (2012, p. 132-133) exalta o elemento subjetivo e entende, em sentido contrário ao legislador brasileiro, que a culpabilidade da organização tem função legitimadora da sanção a ser imposta. Nesse sentido, o autor defende que os programas de *compliance*, se podem ser considerados para atenuar a sanção imposta à pessoa jurídica, também deveriam ser capazes de impedir a sua penalização, caso comprovada a ausência de culpabilidade da organização.

outros), além de custos de governança corporativa para a estrutura do programa no bojo da organização (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 94). Para o empresário, portanto, a adoção de um programa de *compliance* partirá invariavelmente de uma análise de custo-benefício, considerando-se a necessidade de dispêndios para a implantação e a manutenção do programa, em oposição aos resultados esperados. Impende considerar, no ponto, que os prejuízos acarretados pela corrupção não se resumem ao pagamento de propinas, abrangendo também custos legais, despesas judiciais, inclusive quanto a condenações, e perdas de investimentos (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 139).

Deve-se ressaltar, a propósito, que os benefícios esperados pela pessoa jurídica com a adoção do programa de conformidade não se encerram em evitar a prática de atos lesivos à administração pública tipificados na Lei Anticorrupção. Há um ativo importante a se considerar, que é o ganho de reputação decorrente da adoção de práticas éticas, cuja relevância se ampliou em tempos recentes. Coimbra e Manzi (2010, p. 12) advogam por uma mudança de paradigmas corporativos e destacam, nesse sentido, que a cultura das empresas, historicamente associada apenas à maximização do lucro, passou a admitir a ética nas decisões empresariais como valor a ser perseguido. Evitar a prática de atos de corrupção, sob esta nova ótica, tem reflexos não apenas na geração de valor pelas companhias (OLIVEIRA SOBRINHO; ARAUJO FILHO; FIGUEIREDO, 2017, p. 179), mas, sobretudo, na consolidação de uma cultura ética e de confiança nas transações comerciais, o que se reverte em benefícios de imagem para a pessoa jurídica. Não por outro motivo, Ribeiro e Diniz (2015, p. 104) referem que, atualmente, o mercado e os consumidores adquirem condutas e valores, não mais apenas produtos e serviços.⁹

Ainda que a Lei Anticorrupção e seu decreto regulamentador tenham intensificado a agenda de *compliance* nas empresas, certamente não inauguraram tal preocupação em solo brasileiro. Nesse sentido, Modesto Carvalhosa alude a três fases de adoção de “regimes de conformidade”, sendo a primeira de autorregulação, quando as pessoas jurídicas passaram espontaneamente a adotar práticas de governança, códigos de ética e auditoria interna; a segunda, a partir da institucionalização de práticas de conformidade, a partir de leis, tratados in-

9 Como alude Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018, p. 101), há atualmente um movimento de fortalecimento da compreensão da empresa enquanto cidadã responsável, movida por fins econômicos, mas também por objetivos político-sociais, em um engajamento com a sociedade de forma geral.

ternacionais e diretivas; e a terceira e atual, com a efetiva regulação da matéria por entidades estatais, a partir da indução de condutas por meio de leis, porém ainda sem uma coercitividade para a implantação de programas de integridade (CARVALHOSA, 2015, p. 334-336).

Na atual fase, materializada no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n. 12.846/2013 e, especialmente, do Decreto n. 8.420/2015, há uma extensa regulamentação acerca dos elementos e parâmetros de um programa de *compliance* anticorrupção, sem os quais não será possível às autoridades fiscalizadoras aferir a efetividade do programa e, por conseguinte, utilizá-lo como critério para a dosimetria das sanções fixadas pela Lei Anticorrupção. Isso porque o art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção alude à necessária efetividade dos códigos de ética e conduta, ao passo em que o art. 41, parágrafo único, do referido decreto estabelece que o programa de integridade deverá ser constantemente aprimorado, visando garantir sua efetividade.

Com efeito, não se cogita de programa de *compliance* fictício ou que exista apenas em caráter formal. Sua efetividade deve ser característica inafastável, de modo a assegurar que o programa cumpra com a finalidade precípua de prevenir a ocorrência de atos lesivos à administração pública. Em termos exatos, o parágrafo único do art. 41 do Decreto n. 8.420/2015 prescreve que o programa “deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

Característica essencial do programa de *compliance* é, como referido, a sua adaptação à realidade de cada organização, uma vez que os riscos a que se sujeita cada pessoa jurídica variam conforme seu âmbito de atuação no mercado, área de expertise, número de funcionários, existência de filiais em outras localidades, intensidade do contato com a administração pública, entre outros fatores, a evidenciar que, sem uma análise detalhada dos riscos reais que acometem a organização, esta não poderá se dotar de mecanismos de prevenção. Ribeiro e Diniz (2015, p. 103) reforçam a conclusão, dispondo que “a estrutura de incentivos deverá ser adaptada para cada empresa, não podendo meramente transplanar modelos, sem considerar a cultura e os objetivos da organização, sob pena de ineficiência da medida”.

O Decreto n. 8.420/2015 trouxe extensa regulamentação quanto aos parâmetros para a avaliação da autoridade administrativa, detalhando, em dezesseis

incisos, os elementos necessários para que o programa de integridade seja julgado existente e devidamente aplicável no âmbito da pessoa jurídica.

A questão pode ser vista de maneira crítica ou positiva. Adriana Zanetti (2016, p. 53) enxerga a extensa regulamentação de forma otimista, entendendo que o decreto contém caráter pedagógico e programático, servindo de estímulo para a elaboração de programas de integridade pelas empresas. Em perspectiva oposta, Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 328-341) entendem tratar-se de “excesso regulatório”, o que pode interferir negativamente no funcionamento empresarial e, inclusive, acabar fomentando práticas de denunciamento, de forma que o *compliance* se tornaria um instrumento de barganha e intimidação pelas autoridades administrativas.

Com efeito, trata-se de dois lados de uma mesma moeda. Por constituir tema inovador e ainda desconhecido de boa parte do meio empresarial no país, a regulamentação extensa tem o condão de padronizar os procedimentos e critérios que devem ser observados pela pessoa jurídica para uma construção efetiva de um programa de *compliance*, uma vez que seus elementos devem ser enxergados como complementares. Ou seja, se o objetivo é alcançar efetividade na prevenção de ilícitos contra a administração pública, a maior completude do programa importa em maior proteção quanto aos riscos vislumbrados. Por outro lado, quanto mais extenso o programa, mais custoso, o que poderá acabar por funcionar como desincentivo aos empresários, levando-os a assumir o risco da prática dos ilícitos em detrimento da estruturação de um programa de prevenção.

É de se notar, quanto a isso, que, conquanto a regulamentação do Decreto n. 8.420/2015 seja extensa no que tange aos programas de *compliance*, a legislação se aproximou das boas práticas mundiais acerca do tema, a exemplo do Guia de Boas Práticas de Controle Interno, Ética e *Compliance* da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2009, cujos princípios foram refletidos na legislação brasileira. Os parâmetros contemplados pelo referido decreto não consistem, portanto, em criação nacional, mas apenas refletem o que comumente se adota, em âmbito global, na estruturação de programas de integridade anticorrupção.

Contribui para o argumento favorável ao detalhamento legislativo a ausência de familiaridade das organizações com a cultura de *compliance* no Brasil, sendo necessária, em um primeiro momento, uma regulamentação mais extensa para que se introduzam práticas de integridade no mercado. Uma vez alcançado um nível de maturidade corporativa quanto às práticas anticorrupção, o

ciclo regulatório pode se abrandar, sem que isso tenha o condão de subsidiar o agravamento de casos de corrupção no país. Dito de outro modo, em um mercado inexperiente, a regulamentação funciona como indutora de boas práticas. Em um mercado experiente, por sua vez, a regulamentação pode ser menos extensa, uma vez que a cultura de integridade estará mais enraizada entre as corporações. Não se quer dizer com isso que a legislação tem o poder de moldar culturas; pode, no entanto, funcionar como um catalisador para novas práticas no ambiente corporativo, se os empresários passarem a enxergar o *compliance* como instrumento adequado para mitigar os riscos dos atos lesivos previstos na Lei n. 12.846/2013.

A Lei Anticorrupção, deve-se esclarecer, não prevê a obrigatoriedade dos programas de *compliance* para as pessoas jurídicas, funcionando estes meramente para os efeitos da lei, como critério para diminuição da pena de multa. Não se deve olvidar que o art. 170 da Constituição Federal consagra o princípio da livre iniciativa na ordem econômica, de sorte que a exigência de programa de integridade para o funcionamento da pessoa jurídica consistiria não em incentivo para a atuação ética, mas em engessamento de sua atuação, comprometendo seu funcionamento e, em última análise, obrigando empresas a viverem na ilegalidade ou a encerrarem suas atividades. A ingerência legislativa, portanto, não deve ultrapassar o mínimo razoável para assegurar as finalidades constitucionais de tutela da propriedade (ZANETTI, 2016, p. 58).

María Belén López Donaire, tratando dos programas de *compliance* em âmbito espanhol e europeu, aponta que a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia exige a demonstração da implantação de programas eficazes de *compliance* por licitantes, servindo para prevenir a prática de atividades delitivas e a aplicação de sanções de proibição de contratar, que operariam de maneira automática (DONAIRE, 2016, p. 141). Nesse sentido, a autora conjectura que, diante da crescente regulamentação, passará a ser inevitável que os aludidos programas sejam exigidos como requisito para a participação em certames licitatórios e a consequente contratação com o setor público (IDEM, p. 152).

No Brasil, a questão já é realidade: o Distrito Federal e o Rio de Janeiro, por meio das Leis n. 6.112/2018 e 7.753/2017, respectivamente, exigem das empresas que participam de licitações a implantação de programas de integridade, tal qual vislumbrado pela autora ibérica. Na legislação distrital, a exigência

é aplicável aos contratos administrativos de valor igual ou superior aos limites para a tomada de preços e cujo prazo seja igual ou superior a 180 dias. Por sua vez, o diploma fluminense contempla a obrigatoriedade do *compliance* para os contratos de valor igual ou superior aos limites para a licitação por concorrência, desde que seu prazo também seja igual ou superior a 180 dias.

Vislumbra-se, naqueles casos, ingerência demasiada na liberdade de iniciativa, uma vez que, em uma economia de mercado, as decisões empresariais invariavelmente partirão de uma análise de custo associado *versus* vantagem esperada. Em licitações públicas, o princípio da ampla competitividade acarreta a participação de número considerável de empresas em cada certame, tornando-se quase que uma loteria para o empresário avaliar as chances de se sagrar vencedor da disputa. Isso implica dizer que a exigência de programa de *compliance*, sem qualquer garantia de sucesso no certame, aumenta exponencialmente os custos de transação das empresas para participar do certame licitatório, o que se traduziria, de um lado, em redução do número de licitantes e, de outro, em aumento do valor das propostas de preço, em prejuízo do interesse público.¹⁰ Considerando a natureza constitucional dos ditames da livre iniciativa, bem assim o princípio da ampla competitividade, balizador das licitações públicas, a exigência de *compliance* para a simples participação em certame extrapola o intuito legislativo de favorecer e incentivar uma cultura ética nas organizações.

Para efeitos das sanções da Lei Anticorrupção, como visto, o *compliance* não é requisito obrigatório. Caso as empresas optem por adotá-lo, contudo, deverão se pautar pelo Decreto n. 8.420/2015, que lista os parâmetros de avaliação do programa, quanto à sua existência e aplicação, em seu art. 42.

O primeiro parâmetro a ser avaliado (inc. I) é o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica com o programa de *compliance* (o que se denomina *tone at the top* ou *tone from the top*), importando dizer que a cúpula da pessoa jurídica deve estar em sintonia com o programa de conformidade, demonstrando que a implantação do programa representa a vontade da própria corporação, e não apenas um intuito de um seletivo grupo de funcionários. O comprometimento da

10 O Tribunal de Contas da União possui entendimento sumulado no sentido de serem indevidas as exigências de habilitação para cujo atendimento os licitantes tenham que incorrer em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato (Súmula n. 272). Considerando que, sob a ótica da administração pública licitante, é irrelevante (ou, ao menos, de pouca relevância) a existência de programa de *compliance* anticorrupção por empresa que não celebrou contrato com a Administração Pública, a exigência na fase licitatória afrontaria o entendimento da Corte de Contas federal, além de violar a competitividade das licitações, uma vez que privilegiaria apenas aquelas empresas que já possuíssem programas de integridade independentemente da exigência legal.

alta direção, nesse sentido, favorece a penetração e a disseminação do programa de *compliance* entre os colaboradores e aumenta a sua credibilidade, uma vez que passa a ser visto como política da empresa e não apenas a iniciativa de parte dela.

Exige-se que o programa contemple padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores (inc. II), e estendidos a terceiros, como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados (inc. III). O objetivo é que a pessoa jurídica normatize, de acordo com a sua realidade e os riscos a que se submete, suas políticas quanto a relacionamento com terceiros, doações, presentes a fornecedores, práticas toleráveis e não toleráveis no bojo da organização, situações de conflito de interesses e qualquer outra situação antevista que possa colocar os funcionários e parceiros em situação de risco quanto à prática de atos lesivos contra a administração pública. E, considerando que a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, bem assim que qualquer ato praticado em seu interesse e benefício pode levar à imputação de sanções, é essencial que as políticas sejam também estendidas a terceiros com que mantenha relação.

O inc. IV do dispositivo determina que a pessoa jurídica promova treinamentos periódicos sobre o programa de integridade, o que reforça a preocupação do legislador com a efetividade do programa. Os treinamentos buscam, nesse sentido, assegurar que as normas de conduta serão internalizadas e difundidas entre os colaboradores, não consistindo em meras orientações da companhia ou em simples códigos de conduta estantes, posicionados sobre as mesas dos funcionários, sem nunca serem aplicados. É preciso, ademais, que os treinamentos não ocorram apenas quando da implantação do programa, mas com certa periodicidade, uma vez que a empresa pode contratar novos funcionários ou se envolver em projetos que alterem a dinâmica de riscos a que está sujeita, demandando a constante atualização dos colaboradores quanto ao que se espera de sua atuação.

O decreto requer, ademais, a análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa (inc. V). Isso porque, em uma sociedade complexa como a atual, os riscos a que se submete a pessoa jurídica estão em constante transformação, sendo certo que, para assegurar a efetividade do programa, este deverá estar em constante avaliação, de maneira a refletir de maneira mais acurada possível a realidade em que se insere a pessoa jurídica.

É necessário, ainda, conforme os incs. VI e VII do art. 42 do Decreto n. 8.420/2015, que a pessoa jurídica possua registros contábeis que reflitam, de

forma completa e precisa, as suas transações, bem como possua controles internos destinados a assegurar a pronta elaboração e a confiabilidade dos seus relatórios e demonstrações financeiras. Trata-se de exigências com o fito de evitar doações ilegais, pagamento de propinas e valores escusos, privilegiando a transparência na condução dos negócios.

O inciso seguinte requer que a pessoa jurídica institua procedimentos específicos para a prevenção de fraudes e ilícitos no âmbito de licitações e contratos administrativos ou em qualquer interação com o Poder Público, ainda que por intermédio de terceiros. Com efeito, em que pese a Lei n. 12.846/2013 ter destinado especial atenção aos atos lesivos à administração pública praticados no curso de licitações e contratos administrativos, não apenas as pessoas jurídicas que participam costumeiramente de processos licitatórios estão sujeitas à prática de atos de corrupção. Qualquer contato da organização com agentes públicos, ainda que por intermédio de terceiros, como despachantes e parceiros, pode causar a prática de ilícitos tipificados pela lei, sendo essencial a preocupação com a instituição de procedimentos padrão para estas interações, reduzindo o risco de abusos.

Por sua vez, exige-se, ainda, que a instância interna responsável pela aplicação e fiscalização do programa de integridade seja dotada de independência, estrutura e autoridade (inc. IX). Nesse norte, a depender do âmbito da organização, pode-se falar em um *compliance officer* ou até mesmo uma área inteira dedicada ao assunto, cuja independência é essencial para que possa também fiscalizar a alta cúpula da pessoa jurídica. Defendem Coimbra e Manzi (2010, p. 56), no ponto, que a independência do setor de *compliance* demanda a existência de um gestor responsável, a ausência de conflitos de interesse entre a área e as políticas de conformidade por ela geridas, o acesso às informações necessárias ao desenvolvimento das suas atribuições e, ainda, a concessão de *status* formal ao setor. Em empresas pequenas, pode-se tornar inviável a instituição de área destinada exclusivamente à aplicação das políticas de integridade, mas é essencial que, ao menos, exista colaborador encarregado das funções, com poderes e autonomia para conduzir as investigações.

O inc. X requer a implantação de canais de denúncia de irregularidades, aberto e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, bem como de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé. A razão de ser do dispositivo consiste no fato de que, ainda que o programa de *compliance* seja adequadamente difundido entre os funcionários e gestores da pessoa jurídica,

desvios de conduta são inerentes à atividade humana, sendo praticamente impossível obstar por completo a prática de atos atentatórios às políticas da organização. Nesse sentido, considerando ser natural que ilícitos sejam praticados não de forma escancarada, mas às escuras, a área responsável pelo acompanhamento do programa de integridade deve facultar a comunicação de ilícitos por meio de canais de denúncias disponíveis, preferencialmente, em diversas plataformas, como linha telefônica, endereço eletrônico e caixas de mensagem. Por outro lado, o anonimato da fonte é essencial para maximizar o número de potenciais denúncias, uma vez que, do contrário, o receio de retaliações poderia impedir que irregularidades fossem comunicadas às autoridades responsáveis.¹¹

Por sua vez, exige-se que o programa de integridade contemple medidas disciplinares para o caso de violação às suas normas (inc. XI), além de procedimentos para assegurar a pronta interrupção de irregularidades detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados (inc. XII), uma vez que nada adiantaria estabelecer normas sem qualquer preocupação com a penalização dos infratores e a reparação dos prejuízos causados.

O inc. XIII requer a realização de diligências apropriadas para a contratação e supervisão de terceiros, a exemplo de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, ao passo em que o inciso seguinte demanda a verificação do cometimento de irregularidades ou a existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas em processos de fusão, aquisição e reestruturação societária. Os dispositivos buscam resguardar a pessoa jurídica diante da responsabilização objetiva por qualquer ato em seu interesse ou benefício, independentemente de quem o tenha praticado, ampliando a preocupação com a gestão de riscos mesmo quanto aos terceiros não diretamente subordinados à organização.

O inc. XV do art. 42 demanda que o programa de *compliance* seja continuamente monitorado e aperfeiçoado, com vistas a ampliar a prevenção, detecção e combate aos atos lesivos à administração pública. Em verdade, uma vez implantado, o programa de integridade deverá estar em constante atualização e modernização, de forma a refletir as transformações sociais e legislativas e a mitigar novos riscos que inevitavelmente atingirão a corporação.

11 O art. 33 da Convenção de Mérida exige a prevenção, pelos signatários, de medidas de proteção às pessoas que, de boa-fé e por motivos justos, denunciem a prática de irregularidades quanto aos ilícitos contemplados pela convenção. Em uma perspectiva oposta, Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018, p. 119) refere que as denúncias identificadas se revestem de maior credibilidade, uma vez que a garantia de anonimato pode acarretar o aumento de falsas imputações.

Por fim, o inc. XVI daquele dispositivo requer que a pessoa jurídica institua políticas de transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos, o que, entretanto, em razão do advento da Lei n. 13.165/2015, perdeu sua importância.

É inquestionável o detalhamento normativo do Decreto n. 8.420/2015 quanto aos programas de *compliance*. O estabelecimento de programa sem a integralidade¹² dos parâmetros fixados pelo decreto federal, contudo, ainda que possa acarretar a sua desconsideração para os fins de dosimetria da sanção pecuniária na Lei n. 12.846/2013, certamente servirá, mesmo que incipientemente, para a prevenção de ilícitos e mitigação de riscos.

Os programas de *compliance* anticorrupção constituem elementos importantes para a maximização da eficiência empresarial, representando um mecanismo de “autorregulação regulada”, isto é, o estabelecimento de parâmetros internos de regulação da pessoa jurídica, calcados em legislação estatal (ALBUQUERQUE, 2018, p. 99). Nesse desiderato, os programas de integridade beneficiam não apenas a própria organização que os instituiu, mas o mercado e a sociedade de forma global, a partir da estabilização do ambiente empresarial e de maior transparência nas transações comerciais.¹³

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 12.846/2013, ao normatizar, de forma inovadora no Brasil, os programas de integridade corporativa, abriu caminhos para a moralização das transações comerciais, em especial no que toca ao relacionamento dos agentes privados com a administração pública, a partir de uma intensa preocupação com a gestão de riscos empresariais. Não há como se atribuir à Lei Anticorrupção, tampouco aos programas de *compliance*, contudo, a messiânica tarefa de transformação de paradigmas e de cultura corporativa na sociedade, uma vez que qualquer mudança de *modus operandi* demanda tempo e esforço, não se concretizando com a simples edição de novo ato legislativo.

12 O Decreto n. 8.420/2015 flexibiliza os parâmetros de avaliação do programa de *compliance* para o caso de microempresas ou empresas de pequeno porte, dispensando os requisitos estabelecidos nos incs. III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do *caput* do art. 42.

13 Os programas de *compliance*, não obstante seu salutar intuito, não estão imunes a críticas. Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018, p. 138-139) suscita, em desaprovação aos referidos programas, a insegurança jurídica decorrente da inexistência de uma adequada delimitação legal sobre o nível de exigência dos programas, além da cosmética, isto é, o fato de não se poder assegurar que a instituição de um programa de integridade representa o verdadeiro intuito da pessoa jurídica de se adequar à legislação e atuar de maneira ética.

Por mais louvável que seja a iniciativa regulatória da Lei Anticorrupção, diploma legal algum consegue acompanhar a realidade fática e as mudanças sociais que, em velocidade inalcançável pelo mais diligente dos legisladores, transformam o ambiente corporativo. As mudanças que o novo marco legal busca conferir ao ambiente corporativo, assim, só virão com o tempo e com a consolidação das políticas de conformidade, mediante o fortalecimento das instituições de investigação e do sistema de repressão aos ilícitos.

Por outro lado, a proliferação de leis destinadas a reprimir práticas corruptas na administração pública, conjunto no qual se insere a Lei n. 12.846/2013, acaba por aumentar a incoerência do sistema jurídico, com uma multiplicidade de diplomas regulando as mesmas condutas, sem que, com isso, necessariamente se ampliem as práticas de integridade corporativa. Não por outro motivo, Lucas Rocha Furtado (2015, p. 19) defende que a causa para os altos índices de corrupção no país não é outra senão o próprio sistema jurídico-administrativo, com sua confusão normativa que, de tão extensa, torna-se inócua e pouco efetiva para os fins a que se propõe. Desse modo, partindo-se da premissa de que a lei jamais acompanhará a realidade na mesma velocidade com que esta se transforma, o maior legado da Lei Anticorrupção não é a repressão de ilícitos e a mudança de cultura corporativa, mas a inserção, no ambiente empresarial, da preocupação com a gestão e mitigação de riscos.

Nesse cenário, os programas de *compliance* ampliam o ambiente de controle de riscos das organizações, em âmbito interno e externo, e representam valioso instrumento para dotá-las de meios de prevenção de atos lesivos à administração pública, caráter que se avilta ao se considerar que a Lei n. 12.846/2013 não isenta de pena as pessoas jurídicas pela simples existência de programa de integridade.

Em verdade, a preocupação com o *compliance* e gestão de riscos não é restrito ao mercado. A administração pública direta e indireta também se sujeita à implantação de programas de integridade com este intuito, a partir da edição da Lei n. 13.303/2016 e do Decreto n. 9.203/2017. Trata-se, portanto, de item na agenda atual não só das organizações, mas da sociedade de modo geral, a evidenciar que a preocupação com a análise de riscos deve permear as relações sociais de modo indistinto.

A publicização do regime de conformidade, em uma perspectiva mais otimista, representa um incentivo para a autorregulação do mercado, incentivando mudança de paradigmas e de cultura empresarial, – medida – que a evolução das

organizações representa, em última análise, também o avanço da própria sociedade. O primeiro passo para que se atinja, paulatinamente, uma transformação nas relações corporativas passa, portanto, por uma consciência com a gestão de riscos, que invariavelmente se produzirão e afetarão o funcionamento do mercado. Conhecê-los, gerenciá-los e mitigá-los, por meio de um programa de *compliance*, é, sem dúvidas, o mais relevante fruto da nova regulamentação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BACIGALUPO, Enrique. *"Compliance" y derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2012.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CANDELORO, Ana Paula Pinho; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Jacoby de Direito Público, v. 13).

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LÓPEZ DONAIRE, María Belén. Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha*, n. 6, p. 133-158, jun. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Veras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Revista Fórum Administrativo: FA*,

Belo Horizonte, v. 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares; ARAUJO FILHO, Clarindo Ferreira; FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes. Ética na Administração Pública e as lógicas de moralidades na relação público-privado no Estado-cidadão. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 17, n. 28, p. 171-192, maio 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>>. Acesso: 10 de maio de 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e Lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration. In: ARLEN, Jennifer (Org.). *The Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*. Yale Law & Economics Research Paper, New Haven, n. 529. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2639141>.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada: risco e incerteza*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ZANETTI, Adriana Freisleben de. Lei anticorrupção e compliance. *Revista brasileira de estudos da função pública*: RBEFP, Belo Horizonte, v. 5, n. 15, p. 35-60, set./dez. 2016.

A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a aplicação de suas sanções administrativas: anotação sobre as métricas, a dosimetria, a constitucionalização e os Direitos Humanos

Humberto Martins¹

1 INTRODUÇÃO

Após intensos debates, o Brasil finalmente aprovou uma legislação específica para responsabilizar as pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública. Essa legislação supriu uma lacuna, uma vez que as normas jurídicas sancionadoras anteriores não previam a punição de empresas.

A aprovação da Lei n. 12.846/2013 foi uma decorrência lógica do quadro de aprofundamento da globalização e do fortalecimento do debate internacional acerca da necessidade de se implementar a responsabilidade empresarial. O Brasil já havia incorporado ao direito brasileiro a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (BRASIL, 2015), que teve origem em ações institucionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para estimular a ação dos Estados ao combate às potenciais práticas ilícitas perpetráveis por empresas contra a Administração Pública dos diversos países signatários (SILVESTRE, 2015, p. 15-16).

É possível entender que o intento geral da Convenção buscava fortalecer a responsabilidade como valor central para a ocorrência de boas relações comerciais de caráter internacional. Um ponto central da Convenção é a determinação contida no seu art. 2º de que os países signatários produzam normas jurídicas

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

e medidas “[...] ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos” (BRASIL, 2013).

No presente artigo será tratado um tema específico, que é a fixação de uma responsabilização administrativa das pessoas jurídicas nos arts. 6º e 7º da Lei n. 12.846/2013. Esse tema se desdobra no debate acerca da fixação de uma métrica e de dosimetria para aplicação das penalidades administrativas. A conclusão se relaciona com a concatenação desse sistema sancionador com as disposições constitucionais e com o debate internacional sobre a aplicação de sanções aos gestores de empresas.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR BRASILEIRO E A NECESSIDADE DA PREVISÃO DE SANÇÕES EFETIVAS PARA ESTIMULAR COMPORTAMENTOS PROBOS DAS EMPRESAS

Não há como divergir dos diagnósticos que identificam a necessidade de produção de sanções administrativas pela administração pública para forçar a adequação das ações dos vários atores econômicos e sociais. A existência e a possibilidade de aplicação de sanções são condições cruciais para que haja adequabilidade prévia dos atores em relação às regras. Todavia, deve ser frisado que não será somente pela aplicação de multas administrativas que será possível estabelecer a adesão às normas jurídicas e aos padrões éticos necessários ao melhor funcionamento dos mercados.

O conceito de *compliance* vem sendo cada vez mais utilizado no Brasil para designar uma nova interação entre a administração pública e as empresas em prol da construção de um ambiente de negócios mais saudável e produtivo. A tradução ao português do termo *compliance* requer o conhecimento da forma verbal em inglês: *to comply*. O verbo poderia ser traduzido como “obedecer” ou “conformar”. Assim como ocorre com o termo *accountability*², para o qual inexistente uma tradução perfeita. Segundo Ana Frazão:

Compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito,

2 Esse termo acaba por ser traduzido como responsabilização.

propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade. Para alguns autores, como Maurice Stucke, é possível definir *compliance* também como um caminho para o estabelecimento de um padrão ético no ambiente empresarial [...]. O que importa destacar é que o *compliance* está fundamentado no conceito de “bom cidadão Corporativo”, consubstanciado no respeito à legalidade, na existência de controles internos e externos, na limitação e no equilíbrio de poder, entre outros (FRAZÃO, 2017, p. 280-281).

Como pode ser inferido pelo extrato acima transcrito, o debate jurídico sobre o *compliance* está relacionado a um primeiro conceito de conformação de condutas com regras. Estas tanto podem ser normas jurídicas estatais quanto códigos setoriais ou empresariais de conduta. É possível localizar, também, regras internacionais – *soft law* – que têm sido emanadas de diversos organismos internacionais.

A aplicação de multas por órgãos administrativos é, portanto, somente uma das facetas de um sistema de gestão das empresas. A incorporação do conceito de *compliance* no Brasil é uma derivação lógica do cenário internacional, como indicado na introdução. Nesse artigo, somente será analisado o conceito amplo de *compliance* em relação às medidas de desestímulo à corrupção, tal como fixado na Lei n. 12.846/2013, em vista de compreender a questão da aplicabilidade de sanções administrativas às pessoas jurídicas. Essa lei é conhecida como “Lei Anticorrupção” ou “Lei de Combate à Corrupção”³. O objetivo central da legislação foi criar a possibilidade de aplicação de sanções contra empresas, em clara sintonia com a Convenção da OCDE. Há uma mudança de paradigma na questão, que se refere ao direito sancionador.

Antes da edição da Lei 12.846/2013, não havia previsão legal de responsabilização de empresas pela prática das condutas. Isso pode ser verificado pela leitura do inc. IV do art. 5º, que trata de ações empresariais que visam à produção de prejuízos em licitações e contratos administrativos. As alíneas de tal dispositivo legal preveem como violações administrativas: a frustração ou a realização de fraude em relação ao caráter competitivo das licitações por meio de ajustes; a ação para impedir, perturbar ou fraudar a realização de atos de uma licitação; a ação – com resultado, ou não – em prol de afastar um licitante do processo, seja

3 A Controladoria-Geral da União (CGU) utiliza o termo “Lei Anticorrupção”, assim como a maior parte dos autores. Logo, será dada preferência para tal designação.

por fraude, seja por oferecimento de vantagem; a produção – ou o concurso para tanto – de fraude em licitação ou de contrato; a criação de entidade – empresa, por exemplo – falsa para participar de licitação ou para firmar contrato administrativo; a obtenção de vantagem ou de benefício indevido por meio de fraude em prorrogações de contratos administrativos; a manipulação ou fraude de cálculos de equilíbrio econômico e financeiro em contratos administrativos.

É certo que várias dessas infrações já eram tipificadas como ilícito penal na Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos). Apesar disso, os tipos criminais previstos na legislação de licitações e contratos eram dirigidos aos servidores públicos e, no máximo, às pessoas físicas – gestores – das empresas licitantes ou contratantes com a administração pública. As pessoas jurídicas – empresas, por exemplo – estavam fora da incidência da Lei n. 8.666/1993, e isso se modifica com a Lei Anticorrupção. Tal fato, aliado ao rigor procedimental e às amplas exigências probatórias no campo penal, fazia com que muitas vezes, nada obstante a responsabilidade da empresa estivesse suficientemente demonstrada, não fosse possível individualizar e provar a conduta dos dirigentes, levando à sensação de impunidade.

A possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica, portanto, configura uma alteração muito relevante no campo do direito sancionador, e se insere em um movimento de gradativo aumento da incidência da ação sancionadora do Estado para campos nos quais não havia previsão legal. Esse debate, por exemplo, estende-se ao direito ambiental, no qual se assiste a uma intensa discussão acadêmica acerca da criminalização de pessoas jurídicas pela prática de condutas lesivas ao meio ambiente (FREITAS, 2015). Vale notar que o STF, sob o argumento de que a Constituição Federal impõe, em relação ao meio ambiente, um mandado de criminalização e dever de proteção (outubro de 2014), no julgamento do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, passou a entender que não seria sequer necessário que os dirigentes fossem processados juntamente com a pessoa jurídica.

Nesse sentido, é de se ver que a Lei Anticorrupção inclusive chega a prever, no inc. III do art. 19, combinado com o seu § 1º, a possibilidade de aplicação de penalidade de dissolução da pessoa jurídica por meio de determinação judicial. Isso se daria quando a sua criação tiver ocorrido com a finalidade de facilitar a prática de ilícitos. Ou, ainda, quando ela tiver sido criada para ocultar a identidade ou a origem dos beneficiários dos ilícitos cometidos. É crucial notar

que as empresas começam a ser entendidas como parte de um sistema comportamental, que precisa ser monitorado e regulado em prol da conformação de um mercado e de uma sociedade justa e saudável, do ponto de vista econômico.

Na próxima parte, será discutido o sistema de sanções administrativas, que foi construído pela Lei n. 12.846/2013. A descrição do sistema visa demonstrar que ele encontra sua matriz jurídica no Direito Administrativo. Essa identificação será crucial para que seja possível discutir a constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro. Desse último tema nascerá a conclusão, relacionada com a necessidade de discutir os limites entre o Direito Administrativo e o Direito Penal no regime de sanções.

3 A FIXAÇÃO DE UMA MÉTRICA E DE DOSIMETRIA PARA A APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA LEI N. 12.846/2013

Há dois tipos de sanções administrativas, aplicáveis pela administração pública, previstas no art. 6º da Lei n. 12.846/2013⁴. Antes de detalhar essas duas modalidades, é importante detalhar os cinco tipos de violações administrativas que são previstos. Na parte anterior do artigo, desdobramos as sete alíneas do inc. IV do art. 5º, que preveem as violações contra o regime geral de licitações e contratos administrativos. Contudo, o art. 5º da Lei n. 12.846/2013 prevê mais quatro violações administrativas. O inciso I estipula como violação a realização pela empresa de promessa, oferta ou entrega de vantagem direta ou indireta para agente público. O inc. II do art. 5º prevê, como ilícito administrativo, o financiamento, custeio, subvenção ou patrocínio em prol da prática das violações previstas na Lei Anticorrupção. O inc. III do mencionado dispositivo determina como ilícito administrativo a utilização de outra pessoa física ou jurídica para ocultar o recebimento das vantagens ou benefícios indevidos. Por fim, o inc. V define como violações administrativas a criação de dificuldades para a realização de investigações e a intervenção contra a ação nos órgãos de regulação ou de fiscalização do sistema financeiro.

Essas condutas, quando praticadas por pessoas jurídicas, permitem a aplicação de dois tipos de sanções, como previstos no art. 6º da Lei Anticorrupção e repetidos no art. 15 do Decreto n. 8.420/2015. O primeiro tipo são as multas

4 Para mais detalhes, confira: Zymler e Dios (2016), Munhóz e Queiroz (2017) e Ribeiro (2017).

administrativas. O seu montante será definido com base no faturamento bruto da entidade e poderá variar entre um décimo por cento até vinte por cento, nos termos do inc. I do art. 6º da Lei n. 12.846/2013. Caso não seja possível determinar o faturamento bruto, o § 4º do art. 6º fixa uma faixa de valores para as multas, que poderão variar entre seis mil reais e sessenta milhões de reais. Além da aplicação de multas, o inc. II do art. 6º da Lei prevê a publicação da decisão condenatória da pessoa jurídica.

A publicação, nos termos do § 5º do art. 6º, deverá ser suficientemente ampla. Além da publicidade em um veículo impresso de grande circulação, a exposição mais efetiva certamente será dada por meio da internet. É certo que a possibilidade de publicidade negativa é um componente importante para que as empresas tenham estímulos à construção de programas e sistemas de monitoramento para vedar a prática de atos ilícitos em suas atividades. Ainda, a aplicação dessas penalidades não exige a empresa da possibilidade de sofrer sanções judiciais, mesmo aquelas previstas no art. 19 de Lei n. 12.846/2013. Elas também são potencialmente cumulativas, como determina o § 1º do art. 5º. Ademais, cabe frisar que o recolhimento de multas ou a sanção pela publicidade não eximirá a infratora da obrigação de reparar eventual dano causado, como está fixado no § 3º do art. 5º.

O Decreto n. 8.420/2015 regulamentou a Lei Anticorrupção e previu detalhes para a aplicação das sanções. No caso das multas, o art. 17 do Decreto fixa parâmetros para o cálculo do percentual do faturamento que servirá de base para a multa, com foco em elementos tais como a “continuidade dos atos lesivos” (inc. I do art. 17 do Decreto), a “tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial” (inc. II do art. 17 do Decreto), no “caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada”, “reincidência” (inc. V do art. 17 do Decreto), entre outros. Não é necessário detalhar mais os vários elementos de cálculo, definidos com base nos subseqüentes artigos do Decreto n. 8.420/2015. O que importa notar é que o sistema prevê a construção de uma clara metodologia para o cômputo da sanção por multa. Esses detalhes técnicos são importantes, uma vez que dotarão as autoridades administrativas de parâmetros claros para a aplicação das penalidades.

A construção de métricas é essencial para reduzir a margem de arbítrio na ação administrativa. O valor das multas pode ser diminuído, caso haja a ocorrência de atenuantes ou a conformidade comportamental prévia da pessoa jurídica, tal como é exposto no art. 18 do Decreto n. 8.420/2015, que detalha elemen-

tos que constavam na Lei n. 12.846/2013. Entre eles, cabe frisar a previsão de programas de integridade, como exposto no inc. V do art. 18 do Decreto. A Lei Anticorrupção prevê que o aplicador da sanção deverá levar em conta uma ampla gama de elementos para efetivar a dosimetria das penalidades.

Entre esses elementos, cabe apreciar com primazia a existência de programas de *compliance*, traduzidos pela lei federal como “mecanismos e procedimentos internos de integridade” e “aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta”, tal como inserido no inc. VIII do art. 7º. Em artigo recente sobre o tema, Antonio Fonseca bem diagnostica as origens do conceito de “integridade” na legislação e prática dos Estados Unidos da América e nas *guidelines* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Após isso, ele demonstra que a opção brasileira de prever efetivos programas de integridade e a aplicação bem-sucedida de códigos de ética permitem a expansão de uma cultura da responsabilidade social nas empresas:

De um modo geral, as organizações privadas não são obrigadas, para funcionar, a possuir um programa de integridade. É uma faculdade que remete à liberdade fundamental de iniciativa. Mas não implementar e manter um programa é uma faculdade que coloca em questão a responsabilidade do agente na comunidade de rivais e de parceiros. Para se fazer negócios, cada vez mais organizar e manter uma cultura anticorrupção se torna uma exigência da sustentabilidade. Mais cedo ou mais tarde essa exigência será incorporada aos hábitos da sociedade, inclusive consumerista, dando lugar a um controle da cidadania ou social. E o Estado, como grande comprador, explorador, fomentador e regulador da atividade econômica, haverá de seguir estimulando o cumprimento dos deveres de integridade. Essa é uma trajetória sem recuo. (FONSECA, 2018, p. 86-87)

A modelagem geral dos programas de integridade está detalhada no art. 41 do Decreto n. 8.420/2015. Esses dispositivos regulamentadores têm origem no parágrafo único do art. 7º da Lei n. 12.846/2013. A adoção de parâmetros claros para a fixação de penalidades atende os contemporâneos requisitos de aplicação do Direito Administrativo sancionador, em sintonia com o que vem ocorrendo nas democracias avançadas. É certo que há um importante avanço, ao se considerar o estabelecimento de padrões para a aplicação de penalidades. Essas métricas se conjugam com dosimetrias, nas quais será possível alcançar uma racionalidade de aplicação de sanções, a partir da continuidade da prática julgadora.

Ainda, cabe indicar que a existência de uma regulamentação clara e precisa, em atenção à existência de uma previsão legal serve também para ampliar a concretização das previsões constitucionais, relativas ao direito sancionar, em termos gerais, como bem indicam Emerson Garbado e Gabriel Morettini Castella (2018, p. 14):

Ademais, por estampar característica punitiva, deve-se conduzir a aplicação dos programas de *compliance* em conformidade com os princípios do Direito Administrativo sancionador. A discricionariedade do agente ao aplicar a norma sancionadora está atrelada a uma série de princípios constitucionais que configuram, portanto, um núcleo constitucional de atribuição de sanções pelo Estado (que vale para as searas administrativa, civil e penal).

Apesar de existir a incidência de um núcleo constitucional às sanções, há um quase consenso doutrinário no Brasil acerca da independência das esferas administrativa e penal na responsabilização por condutas lesivas. De fato, a constitucionalização do Direito Administrativo é um fenômeno evidente e deriva de um avanço civilizacional. Ele deriva de uma compreensão alargada do Direito Constitucional como base normativa da qual emanam não somente regras jurídicas, mas, também, da qual se devem extrair os padrões jurídicos para definir – e redefinir – o viver em sociedade e na República. Como indica o Ministro Luís Roberto Barroso:

Por fim, mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais (BARROSO, 2008, p. 49).

Poderia objetar-se que a Lei Anticorrupção tenderia a não conflitar com o Direito Penal, já que ela se aplicaria às pessoas jurídicas, ao passo que o outro conjunto de normas jurídicas apenas se aplicaria às pessoas físicas. Contudo, cabe notar que, apesar de essa definição de incidência ser epistemologicamente tranquilizadora, ela está de debate em outras jurisdições, exatamente com base em prescrições amplas dos direitos humanos. A constitucionalização do Direito

possui inegáveis vantagens civilizacionais. Contudo, ela traz, também, novos desafios analíticos aos juristas, no que tange ao debate doutrinário sobre as relações entre os vários ramos do Direito. A conclusão irá expor esse problema com base em recente decisão (2014) do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, tal como relatado pela doutrina brasileira.

4 CONCLUSÃO

É no campo do Direito Administrativo que a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) está assentada. Por tal prisma, ela constitui um diploma legal em plena sintonia com a prática internacional sobre a responsabilização de pessoas jurídicas. Mesmo assim, é possível considerar um problema prospectivo, relacionado à natureza das sanções e a sua relação com o Direito Penal. Alguns autores identificam que a Lei em questão possui nítida adesão ao Direito Administrativo; contudo, anotam que haveria uma tendência de convergência – nesse diploma – com o Direito Penal. Essa é a opinião de Arnaldo Quirino de Almeida:

Nesse aspecto é que a lei merece correção metodológica, ou interpretação, de molde a adequá-la ao regime jurídico específico para a integral reparação dos danos causados ao ente público e ao regime próprio do Direito Administrativo sancionador. A Lei Anticorrupção, sob o viés sancionatório, é norma que formalmente se integra ao Direito Administrativo. Todavia, sob esse aspecto punitivo, materialmente é lei de natureza penal por incorporar as nuances que são características de norma com forte conotação dissuasória e intimidatória. [...] Por conseguinte, ao reconhecer sua natureza como lei substancialmente e materialmente penal, é imperioso que sua aplicação seja antecedida de um sistema de garantias processuais não meramente formais: o princípio do devido processo legal (substancial), com os meios de defesa que lhe são inerentes, é orientação segura a ser observada sempre no processo administrativo ou judicial instaurado para apurar condutas previstas na Lei Anticorrupção (e na Lei de Improbidade Administrativa, por corolário lógico) (ALMEIDA, 2017, p. 107-108).

Esse debate não é novo. Ele guarda relação com a incidência de direitos e garantias que devem ser observados nos processos judiciais e administrativos. O ponto central é o limite de aplicabilidade desses direitos e garantias.

Paulo Burnier da Silveira expõe o caso conhecido como Grande Stevens, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, órgão judicante do

Conselho da Europa. O caso envolvia a empresa de automotores FIAT, da Itália. O seu controlador majoritário envolveu-se em diversas relações financeiras para se manter no controle acionário de empresas, com o beneplácito de vários administradores e advogados. Após as investigações administrativas, os envolvidos foram sancionados por manipulação do mercado. Não obstante isso, também foi iniciada uma ação penal, que terminou por condenar dois dos envolvidos, entre os quais Franzo Grande Stevens, criminalmente.

Da decisão de última instância do Poder Judiciário da Itália caberiam dois caminhos. O primeiro poderia ser o ajuizamento de uma ação no Tribunal de Justiça da União Europeia, se o acórdão da Corte de Cassação da Itália contivesse alguma violação à legislação da União Europeia. O segundo seria o ajuizamento de uma ação perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, se houvesse alguma violação aos tratados internacionais firmados pela Itália no cerne do Conselho da Europa. A alegação para recorrer ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem foi uma potencial violação da Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1950. No que mais importa ao debate brasileiro é a constatação de que Tribunal Europeu decidiu, no julgamento, que teria havido violação ao princípio do *non bis in idem*, em razão da condenação criminal com base nos mesmos fatos punidos no campo administrativo. O caso é importante, uma vez que colocou em xeque um princípio tradicional do direito sancionador, que identifica a autonomia da penalização criminal e administrativa, como explica Paulo Burnier da Silveira (2014, p. 12):

O caso “Grande Stevens” é paradigmático em razão da solução que foi oferecida, por unanimidade, pela mais alta Corte de Direitos Humanos da Europa. No entanto, o debate que toca a legalidade do sistema de dualidade – administrativo e criminal – já havia sido apresentado no âmbito europeu. Destacam-se precedentes nacionais, como também supranacionais no âmbito do próprio TEDH e do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). A posição francesa pode ser considerada tradicional, pois está sedimentada desde fins da década de 1980. Na ocasião, o *Conseil Constitutionnel* deixou clara sua posição pela constitucionalidade do regime de cumulação de penas administrativas e penais.

A situação brasileira é parecida com a francesa (COSTA, 2015). O nosso ordenamento jurídico permite a cumulação de responsabilidade. É claro que o caso julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem possui peculiarida-

des e não pode ser entendido como uma nova regra geral, naquela jurisdição. Todavia, como frisa o autor, é relevante ter atenção ao panorama europeu, em razão da proximidade do sistema jurídico brasileiro com a tradição jurídica do direito continental, notadamente, a Itália e a França:

No Brasil, o debate também merece atenção especial, considerando o diálogo necessário entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Ademais, parece evidente a influência dos sistemas da Europa continental no desenho da responsabilidade administrativa brasileiro, pelo que qualquer transformação no modelo europeu pode gerar desdobramento, em menor ou maior prazo, no regime adotado no Brasil. Ademais, o caso também é provocativo no sentido que traz digressões importantes a respeito de outros aspectos dos sistemas administrativos tradicionais na Europa continental e presente no Brasil.

A novidade de Lei Anticorrupção não permite ainda um diagnóstico final sobre a sua efetividade para eliminar a mácula social que lhe deu origem. A despeito disso, o debate sobre o aperfeiçoamento administrativo e judicial do combate à corrupção deve continuar para que o Brasil – e o seu setor empresarial – possa, cada vez, mais melhorar as suas práticas e, assim, contribuir para o desenvolvimento da economia e da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. Programa de integridade (Compliance Program) na Lei Anticorrupção e culpabilidade empresarial. *Revista Síntese: direito administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 142, p. 68-111, out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 mar. 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 mar. 2015.
_____. Lei n. 12.846, de 1º ago. 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013, seção 1.

COSTA, Helena Regina Lobo. Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado, *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.

FONSECA, Antonio. Programa de “compliance” ou programa de integridade, o que isso im-

porta para o direito brasileiro? *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2, p. 77-94, jan./fev. 2018.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GARBADO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. O *compliance* e a dosimetria da pena nas ações de improbidade: ponderações a partir da nova Lei. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul (RS), v. 14, n. 80, p. 7-26, mar. 2018.

MUNHÓZ, Jorge; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 2, 2014, p. 4-21, 2014.

SILVESTRE, Mariana Camillo; REIS, Luciano Elias. A Lei 12.846/2013: a corrupção e a natureza jurídica da lei. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 13-28, 2015.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei anticorrupção (Lei n. 12.846/2013): uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

O programa de integridade e a análise da responsabilidade judicial objetiva prevista na Lei 12.846/2013

Juliana Ramalho Lousas Cesarini¹

468. Inocente corrupção. – Em todas as instituições em que não sopra o ar cortante da crítica pública, uma inocente corrupção brota como um fungo...

(Nietzsche)

1 INTRODUÇÃO

A prática da corrupção acompanha a humanidade desde sua gênese. A história traz um sem número de relatos sobre corrupção. O mais conhecido está na Bíblia: por 30 moedas de pratas, Judas Iscariotes levou os sacerdotes até o Jardim do Getsêmani, onde Jesus e seus discípulos estavam, mostrando a eles, com o beijo da traição, qual dos presentes seria Jesus, acarretando as consequências narradas pelos livros cristãos, cujos resultados estão enraizados na cultura ocidental (SAGRADA BÍBLIA..., MATEUS 26-27, MARCOS 14, LUCAS 22, 2008).

Ainda que o cidadão não traga consigo a definição mais apurada de corrupção, instintivamente, é capaz de distinguir um ato lícito de um ato de corrupção tal qual o narrado acima.

Tentar conseguir a definição global, exata e inequívoca de corrupção transcende os limites territoriais e culturais de uma nação. Os atos de corrupção são mutantes, variando de acordo com as culturas, épocas e costu-

¹ Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP) e advogada com atuação em Direito do Trabalho e compliance.

mes, evoluindo na mesma ou maior proporção que surgem, e são implantados meios para o seu combate.

De forma geral, pode-se tentar definir corrupção como o mal que destrói as relações sociais. A manipulação de atos e informações. A mentira e fraude em troca de ganhos. A negociata. O pacto escuso em troca de recursos, bens, dinheiro; influência para sustentar, manter uma situação igualmente irregular.

Diante da dificuldade em alcançar uma definição tangível, o legislador, na aclamada Lei Anticorrupção, em vez de definir o que seria corrupção ou atos de corrupção, optou por elencar, nos cinco incisos do art. 5º da Lei 12.846/2013, os atos lesivos contra a administração pública.

Em razão de ser extremamente árdua a tarefa de conceituar corrupção, e, por outro lado, ser tão simples ao cidadão percebê-la, é que a Transparência Internacional criou o “Índice de Percepção da Corrupção”, que classifica 180 países e territórios por seus níveis percebidos de corrupção no setor público de acordo com especialistas e empresários, usa uma escala de 0 a 100, na qual 0 é altamente corrupto e 100 indica nenhuma percepção de corrupção (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2018).

Tal índice é um dos parâmetros em análise de auditoria para investimentos estrangeiros. Num país tido como altamente corrupto, os investimentos são baixos e o dinheiro circulante possui origem duvidosa. Os países com baixo índice de corrupção, via de regra, estão sob o manto de rígidas leis anticorrupção locais e internacionais e, por consequência, atraem ativos aptos a gerarem investimento idôneo.

Dentre os muitos mecanismos de combate aos atos de corrupção, os programas de conformidade, ou programas de *compliance*, como se tornaram conhecidos, desde que efetivamente bem implementados, mostraram-se como ferramentas fundamentais e imprescindíveis para prevenir a prática de atos de corrupção.

A fim de espantar as eventuais dúvidas que possam surgir sobre o que é *compliance*, passemos à análise do termo que tem origem no verbo *to comply*, do inglês, que pode ser traduzido como obedecer, cumprir, adequar-se.

Assim, agir em *compliance* significa não apenas cumprir e agir de acordo com as normas jurídicas legais, mas também, consoante as normas internas elaboradas pela instituição de direito público ou privado, adequando-se e submetendo-se a elas.

Os programas de conformidade, por definição geral, são as normas internas de política e governança da entidade de direito público ou privado que

estabeleçam regras, moldes e rígidos padrões de conduta com a finalidade de prevenir a ocorrência de desvios, práticas ilegais ou inconformidades, e, caso não se mostrem aptos a prevenir tais ocorrências, que estejam aparelhados com mecanismos efetivos para detecção dos atos danosos e seus agentes, de maneira a promover a imediata apuração e efetiva punição dos envolvidos e a respectiva e necessária reparação dos danos.

A necessidade de um bom programa de *compliance* é abordada no artigo “*Grundzüge innerbetrieblicher und konzertierter Compliance-Management-Systeme*” (“Fundamentos internos e combinados do gerenciamento de *compliance*”, em tradução livre), escrito por Wolfgang Schaubensteiner, um dos principais estudiosos do tema na Alemanha, no sentido de que:

As rápidas mudanças no mundo dos negócios e aumento da legislação sobre as atividades empresariais são os problemas centrais que confrontam as empresas e os quais enfrentam diariamente. Nada é tão constante quanto a mudança e as estruturas internas das empresas estão constantemente se adaptando. O que foi permitido ontem é proibido hoje. Em uma rede cada vez mais densa de leis e regulamentos nacionais e internacionais, as empresas correm o risco de não mais atender aos requisitos de conformidade com os regulamentos. Os riscos de responsabilidade para a empresa e a gerência aumentam pessoalmente. Isto é principalmente sobre os danos que as empresas enfrentam através da corrupção e outros crimes econômicos, com os afetados. As empresas podem ser tanto praticantes do ato quanto vítimas. A fim de evitar as desvantagens econômicas e a perda de reputação, com consequências imprevisíveis para o desenvolvimento de negócios associados a violações da lei, é indispensável o desenvolvimento e a introdução de um programa de conformidade efetivo. O estabelecimento de uma organização que esteja em conformidade faz parte do gerenciamento de risco voltado para o futuro da empresa.²

2 No original: “*Rasante Veränderungen in der Geschäftswelt und eine zunehmende Verrechtlichung unternehmerischer Betätigungen sind Kernprobleme, mit denen sich die Unternehmen täglich konfrontiert sehen. Nichts ist so beständig wie der Wandel. Die internen Strukturen des Unternehmens sind ständig anzupassen. Was gestern noch zulässig war, ist heute untersagt. In einem immer dichteren Geflecht nationaler und internationaler Gesetze und Vorschriften laufen die Unternehmen Gefahr, den Anforderungen in Sachen Regelkonformität nicht mehr gerecht zu werden. Die Haftungsrisiken für das Unternehmen und die Unternehmensleitung persönlich nehmen zu. Dabei geht es hauptsächlich um die Schäden, die den Unternehmen durch Korruption und anderen Wirtschaftsvergehen drohen, wobei die betroffenen Unternehmen Täter und Opfer sein können. Um die mit Gesetzesverstößen verknüpften wirtschaftlichen Nachteile und Reputationseinbußen mit nicht absehbaren Folgen für die Geschäftsentwicklung abzuwenden, ist die Entwicklung und Einführung eines funktionierenden Compliance Programms unumgänglich. Der Aufbau einer Compliance Organisation ist Teil des vorausschauenden Risikomanagement im Unternehmen.*”

Além de o programa de integridade trazer rigorosos padrões de procedimentos para as instituições públicas e privadas, a legislação brasileira, incluiu o programa de *compliance* como fator redutor de sanção, após constatada a prática do ato lesivo. A análise da elaboração do programa de integridade e seus mais importantes aspectos é que dão o objeto do presente trabalho.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E DA LEI 12.846/2013

A recente Lei 12.846/2013 foi a primeira norma no ordenamento jurídico brasileiro a regular os programas de integridade ou *compliance*, para os fins a que se destina tal instrumento normativo.

Ocorre, todavia, que independentemente da edição da tão esperada Lei, os programas de *compliance* são implementados em território nacional, há pelo menos duas décadas, seja por instituições financeiras, seja por empresas estadunidenses com filial no Brasil ou que tenham relação de *compliance* comercial com os Estados Unidos da América, em razão da estrita legislação americana de combate à corrupção, em especial ao *US Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*.

No que toca às instituições financeiras, a Resolução n. 2.554/1998, do Banco Central, por força da Lei n. 9.613/1998 (Lei de Combate aos Crimes de Lavagem de Dinheiro) e com fundamento no princípio “para uma supervisão bancária eficaz”, editado em 1997 pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia e atualizado em 2006, trouxe a obrigatoriedade aos bancos de implementarem mecanismos internos para controle de riscos (BASLE COMMITTEE, 1997).

No plano empresarial, o FCPA foi aprovado pelo congresso estadunidense e sancionado pelo Presidente Jimmy Carter, em 1977, com a finalidade de estabelecer sanções contra os atos de corrupção no comércio internacional. Seu motivador foi o famoso escândalo denominado *Watergate*, cujo protagonista foi o ex-Presidente americano Richard Nixon.

Apenas relembro o célebre caso. Em 1973, o FBI abriu uma investigação sobre as contribuições ilegais para a campanha de reeleição do Presidente Nixon. Além de a investigação descobrir que os fundos secretos relativos às doações para a campanha eleitoral eram utilizados para as campanhas políticas domésticas e estrangeiras de maneira ilegal, um subproduto da investigação foi a revelação de que as corporações americanas vinham fazendo pagamentos questionáveis a autoridades estrangeiras para obter vantagens comerciais e celebra-

ção de contratos de comércio com vantagens no exterior.

Sob este contexto político-econômico, foi sancionado o FPCA, que obriga não apenas as empresas americanas e seus sócios, mas também, qualquer entidade ou pessoa, cujo principal lugar de negócio é nos EUA ou que estão organizados sob as leis americanas, os cidadãos estrangeiros e entidades que realizem transações financeiras dentro dos EUA e, ainda, as empresas com valores mobiliários registrados na Bolsa de Valores ou que emitem valores mobiliários registrados na *Securities and Exchange Commission (SEC)* e aquelas obrigadas ao arquivamento periódico de relatórios, nos termos do *Securities Exchange Act of 1934*.

Trata-se, portanto, de norma com caráter transnacional e pode responsabilizar qualquer um dos entes mencionados acima que atue no Brasil e participe de ato de corrupção em território nacional.

Além do *FPCA*, que é uma legislação de caráter investigativo – punitivo, há outros dois institutos estadunidenses igualmente *SOx* relevantes, porém, com a natureza de controle interno robusto, quais sejam, a *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 e a *Dodge-Frank Act*, aprovada em 2010.

A *SOx* foi aprovada em resposta às fraudes contábeis perpetradas pela Enron e WordCom nos anos 90 e começo dos anos 2000. A finalidade da *SOx* é identificar, combater e prevenir fraudes que impactem no desempenho contábil das empresas, garantindo o *compliance*. Importante salientar que a *SOx* não é um conjunto de regras que indicam práticas de negócio, mas que define quais os registros financeiros da empresa devem ser armazenados e por qual período. Todas as empresas que possuam ações registradas na *SEC*, americanas ou não, devem se submeter às regras de auditoria determinadas pela *Sarbanes-Oxley*.

De outra parte, a lei federal Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act entrou em vigor em julho de 2010, sob o contexto do caso das fraudes e esquema de pirâmides de Bernard Madoff e o estouro da “bolha imobiliária” que, em 2008, desencadeou, nos Estados Unidos, uma das mais graves e sérias crises financeiras de sua história.

Sobre os fundamentos da extensa *Dodd-Frank Act*, que possui cerca de 2.300 páginas e alcança quase todos os aspectos do setor de serviços financeiros dos EUA, sintetiza Mary L. Schapiro, presidente da SEC em 2012:

Apesar de abrangente o escopo da reforma financeira preconizada pela Dodd-Frank Act, seu fundamento está enraizado em princípios sólidos que deveriam ter sido mais firmes antes da crise e cuja adoção serve para tor-

nar os mercados mais estáveis e eficientes. Princípios simples como:

- Os mercados devem ser transparentes;
- A regulamentação deve ser consistente, sem lacunas que possam ser exploradas por aqueles que desejam entrar em comportamento arriscado, desestabilizador ou ilegal;
- Os participantes do mercado, e não os contribuintes, devem arcar com os riscos de suas atividades de mercado;
- E os reguladores devem ter a disposição e as ferramentas de que precisam para aplicar esses princípios ao funcionamento cotidiano dos mercados financeiros.³ (SCHAPIRO, 2012, tradução nossa)

A Dodd-Frank Act promoveu um aumento na parca regulamentação no setor financeiro dos Estados Unidos, de maneira a restaurar a confiança da sociedade e promover mecanismos de detecção e impedimento de outra crise financeira.⁴

Apresentado o cenário estadunidense no qual as normas de *compliance* estavam sendo implementadas com força coercitiva, inclusive internacional, a fim de que se estabelecessem relações jurídicas e comerciais transparentes e pautadas em princípios éticos ligados à segurança nas informações, competitividade, ao livre mercado e à concorrência leal, as organizações mundiais de comércio e de relações internacionais passaram a incentivar os países membros a editarem leis de âmbito nacional, com foco em coibir condutas ilícitas.

Em 1º de dezembro de 2000, o Brasil ratificou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações

3 No original: *"The sweeping scope of this financial reform legislation sometimes obscures the fact that, despite its breadth, it is rooted in a handful of sound principles that should have been more firmly in place before the crisis, and whose embrace serves to make markets more stable and efficient. Simple principles like: - Markets should be transparent; - Regulation should be consistent, without gaps that can be exploited by those who wish to indulge in risky, destabilizing or illegal behavior; -Market participants, not taxpayers, should bear the risks of their market activities. - And regulators should have the willingness and the tools they need to apply these principles to the day-to-day workings of the financial markets."*

4 A *Dodd-Frank Act* é de fundamental importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Os regulamentos previstos na *Dodd-Frank Act* para o *compliance* bancário inspiraram a recentíssima Resolução n. 4.595, de 28/8/2017 do Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional, sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Foi a partir da regulamentação sobre os *whistleblowers* (denunciantes não necessariamente envolvidos com o ilícito, mas que recebem recompensas pela denúncia válida), também prevista na *Dodd-Frank Act* que inspirou a Lei n. 13.608, de 10 de janeiro 2018, ainda não regulamentada, mas que trata dos meios de recepção de denúncias e oferecimento de recompensas, inclusive em dinheiro.

Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que proíbe a prática de corrupção de funcionários públicos estrangeiros por pessoas jurídicas.

Em 8 de outubro de 2002, ratificou a Convenção Interamericana contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), que visa assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

Não se pode deixar de registrar a importantíssima Convenção de Mérida, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no ano de 2003, promulgada pelo Brasil em 31 de janeiro de 2006 e, com vigência internacional, em 14 de dezembro de 2015, que traz, dentre muitos pontos de seus temas relevantes, o conclave aos signatários para que promovam e fortaleçam as medidas a prevenir e combater, de modo eficaz, a corrupção; a promoção, facilitação e apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluindo-se a recuperação de ativos e a determinação de promoção de mecanismos de integridade.

Diante deste arcabouço jurídico internacional sobre normas de *compliance*, legislações anticorrupção e pressões internacionais e comerciais para que o Brasil tomasse medidas efetivas para o combate à corrupção, é que, em 2013, foi sancionada a Lei n. 12.846/2013 e o respectivo Decreto n. 8.420/2015, marcos indiscutíveis para o fomento de uma nova cultura anticorrupção nacional.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA JURÍDICA PELA PRÁTICA DE ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos contra a administração pública, conforme dicção dos arts. 1º e 2º⁵.

Não é objeto deste trabalho tratar da responsabilidade dos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica⁶, mas, sim, da responsabilidade atribuída ao

5 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.

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.

6 Art. 3º, § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

ente jurídico e extensão de sua responsabilidade e eventuais mitigadores.

Quando da promulgação da Lei n. 12.846/13, muito se discutiu sobre a suposta inovação legislativa trazida em matéria de responsabilidade, qual fosse, a responsabilidade atribuída à pessoa jurídica pelos atos lesivos à administração pública.

Todavia, o tema já é de antiga e ultrapassada discussão, com consolidação de entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp n. 970.393/CE, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, cujo voto concluiu que a pessoa jurídica, em ação de improbidade administrativa, pode figurar no polo passivo, respondendo com seu próprio patrimônio, ainda que não figure na demanda seus sócios.

Convém, nada obstante, tratar da responsabilidade objetiva atribuída à pessoa jurídica pela Lei n. 12.846/13, que pode ser de natureza civil ou administrativa. A análise da responsabilidade de caráter objetivo, em contraponto ao conceito de responsabilidade civil oriunda da análise de culpa, surgiu com o progresso científico e industrial da sociedade europeia do século XVIII, em especial no transporte de cargas e de pessoas, como também, nas fábricas onde passaram a ocorrer acidentes de trabalho.

Em ambos os casos, havia um problema a ser solucionado: em razão da incipiente mecanização, equipamentos rudimentares e despreparo dos operários ao manejar as máquinas para a produção industrial ou o maquinário utilizado para o transporte ferroviário, os acidentes nestes locais tiveram um aumento vertiginoso, colocando as vítimas ou familiares delas em uma situação na qual não conseguiam obter a indenização pelo dano causado pelo empregador ou transportador, em razão da impossibilidade de provar a culpa destes, fosse em virtude da distância onde o acidente tivesse ocorrido, fosse pela situação arriscada em que a vítima fora colocada.

Era necessário um novo olhar, urgente, sobre a, até então, teoria da responsabilidade subjetiva aplicada, a fim de amparar a transformação social que estava ocorrendo (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 127). Com a obra *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle* (Os acidentes de trabalho e a responsabilidade civil: um exame de uma teoria teórico-objetiva da responsabilidade extracontratual, em livre tradução), de 1897, Raymond Saleilles, analisou a necessidade de investigação do dano e sua reparação por outros critérios que prescindissem a apuração e valoração do elemento culpa.

Louis Josserand, também em 1897, com a publicação da obra *De la responsabilité du fait des choses inanimés* (Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas), defendeu a ideia de risco como critério de responsabilização, no sentido de que o agente deve suportar as consequências oriundas de sua atividade, quando esta cause algum dano.

No Brasil, pode-se dizer que a responsabilidade objetiva teve seus primeiros contornos, não tão como conhecemos hoje, com o Decreto n. 2.681, de 7 de fevereiro de 1912, que tratou da responsabilidade civil nas estradas de ferro. O legislador funda a presunção de responsabilidade ao transportador, a qual somente pode ser excluída em caso de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

A teoria da responsabilidade fundada no risco vem-se projetando, com o objetivo de tornar-se o se não o exclusivo, mas, um dos principais fundamentos no dever de reparar, reduzindo-se exponencialmente a utilização da teoria com base na culpa.

O legislador ao atribuir responsabilidade objetiva à pessoa jurídica quanto aos atos lesivos praticados contra a administração pública elencados na Lei 12.846/2013, utilizou-se da Teoria do Risco Integral, variante do risco administrativo, ou, como muito bem pontuado por Cavaliere Filho ao expor que:

a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. [...] A realidade, entretanto, é necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 223)

E é com base na teoria do risco que todo aquele que estabelece qualquer tipo de relação com a administração pública pode ser responsabilizado. Deve, portanto, ter as cautelas superiores a que teria numa relação jurídica entre particulares.

As sanções judiciais estão previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção e consistem, em apertada síntese, no perdimento de bens ou valores obtidos da infração, dissolução compulsória da pessoa jurídica e/ou suspensão de suas atividades. A reparação dos danos causados pelo ato ilícito é presumida, conforme depreende-se do art. 21 da Lei 12.846/2013.

E é, visando ao dever de cuidado extremo que o empresário deve ter ao tratar com a administração pública, visando evitar a ocorrência de quaisquer atos ilícitos previstos no art. 5º da Lei de Combate à Corrupção, que os programas de *compliance* surgem como fortes instrumentos de proteção da pessoa jurídica contra a prática de atos tipificados como de corrupção.

4 O PROGRAMA DE COMPLIANCE EFETIVO

A Lei n. 12.846/2013 prevê, no art. 7º do seu capítulo III, que trata sobre a responsabilização administrativa, o programa de *compliance* como fator redutor de aplicação de sanção administrativa.⁷

Apesar de não haver previsão legal para que o programa de *compliance* tenha influência no processo judicial tal qual no processo administrativo para fins de redução de sanção, não há muito o que se elucubrar no sentido de que os efeitos de um programa de integridade implantado em uma empresa são exatamente os mesmos seja para fins administrativos, judiciais ou comerciais.

Tem-se, portanto, que um programa extremamente bem implementado, com mecanismos efetivos de prevenção e repressão a práticas de atos ilícitos alcançará o objetivo de manter a empresa e seus prepostos protegidos dos danos oriundos, de não apenas dos tipos não tolerados pela Lei Anticorrupção, mas, também, de afronta a leis trabalhistas, tributárias ou civis que violadas, ainda que, na relação entre particulares, geram danos materiais e imateriais de difícil reparação e repercussão econômica e social, de maneira a colocar em risco a própria existência da pessoa jurídica.

Não há uma fórmula alquímica para o programa de *compliance* perfeito que se amolde a toda e qualquer empresa. Para que seja bem implementado e executado com efetividade, deve considerar entre inúmeros fatores o porte, o ramo de atividade da pessoa jurídica e o nível de exposição ao agente público.

No exterior, alguns institutos já elaboraram normas com a finalidade de padronizar os programas de *compliance* como, por exemplo, a ISSO – *International Organization for Standardization*, que editou a norma ISO 37001:2016, deno-

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

[...]

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

[...]

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

minada *Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use* (Sistemas de gerenciamento antissuborno – Requisitos com orientação para uso, em livre tradução), a qual foi incorporada pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas sob o número ABNT NBR ISSO 37001 – Sistemas de gestão.

A OCDE – Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico editou o completo e moderno “Manual para empresas – Ética anticorrupção e elementos de *compliance*” (OECD, 2013), com todos os caminhos e pontos para a construção de um programa de integridade robusto.

Entretanto, para fins de regulamentação da Lei n. 12.846/2013, o Poder Executivo editou o Decreto n. 8.420/2015, que, em seu capítulo IV, traz os parâmetros para a estruturação, aplicação e fiscalização do conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade.

Ainda, por força do citado Decreto, foi expedida pela Controladoria-Geral da União, a Portaria n. 909/2015, que trouxe, em seu corpo, os critérios mínimos para avaliação dos programas de integridade.

Assim, considerando que, para fins administrativos, um excelente programa de *compliance* deve seguir as diretivas previstas, com muita modernidade e precisão, no Decreto n. 8.420/2015 e na Portaria n. 909/2015, serão analisados os pontos cervicais de um programa de *compliance* efetivo com base nestes diplomas legais, não cabendo a este trabalho um estudo aprofundado dos requisitos constantes nos instrumentos legais mencionados.

A estrutura de um programa de *compliance* pode ser dividida, grosso modo, em três grandes partes: (a) Implantação; (b) Controle interno e monitoramento e (c) Prevenção e medida corretivas.

(a) Implantação

As medidas institucionais para um programa de integridade completo e estruturado contemplam, além do código de ética e conduta, que é o documento norteador do procedimento de integridade (*compliance*), e traz conceitos gerais como o objetivo do código de ética em si, as condutas a serem observadas no ambiente de trabalho e no relacionamento com clientes, fornecedores, concorrentes, terceirizados e agentes públicos, como também, a apresentação do programa de integridade, a criação de um sistema de auditoria interno, formado por um comitê de integrantes da pessoa jurídica com a finalidade de produzir atualizações no programa e apurar eventuais irregularidades que lhe sejam reportadas (CARVALHOSA, 2015, p. 324).

Relevante para implementação é o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica com o apoio visível e inequívoco ao programa, previsto no inc. I do art. 43 do Decreto.

De uma primeira leitura, aparenta uma certa simplicidade ou até obviedade, tratando-se de um dos pontos mais relevantes de difícil implementação prática em razão da incipiência da conscientização dos benefícios e da blindagem que o programa de *compliance* estruturado traz para a corporação.

É certo que o comprometimento efetivo e a aderência da alta administração ao programa, com participação nos treinamentos, controle da informação e prática efetiva do conteúdo e regras constantes no código de ética e programa de integridade, têm efeito cascata em relação aos demais prestadores de serviços da empresa, instigando e incentivando a todos, independentemente do cargo ou função, a seguirem os padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, nos termos do inc. II do Decreto.

O comprometimento da alta direção é, inclusive, um dos pontos considerados de fundamental relevância pela OCDE para que se dê validade ao programa de *compliance*.⁸ Outro ponto de atenção é a obrigatoriedade de extensão do código de ética e políticas de integridades a terceiros que participam de alguma forma da relação jurídica com a empresa, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes aduaneiros, associados, entre outros e que, de alguma forma, atuem em nome da empresa ou em favor ou desfavor desta em eventual interação com a administração pública.

A interação com este grupo de terceiros deve prever um serviço permanente de *due diligence* para análise dos termos dos negócios jurídicos realizados, origem, termos contratuais valores, necessidade e oportunidade dos atos já realizados e estudo de viabilidade dos atos futuros com sua consequência jurídica, sempre que o valor, objeto, partes do contrato ou situação fática ou jurídica assim demandar (CARVALHOSA, 2015, p. 328).

Como consequência lógica da inclusão do grupo de pessoas acima, é não só obrigatória, mas também necessária a realização de treinamentos periódicos sobre o programa de integridade, sem os quais ele não pode ser implementado, tampouco utilizado.

8 OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance: A.1. [Companies should consider] ... strong, explicit and visible support and commitment from senior management to the company's internal controls, ethics and compliance programmes or measures for preventing and detecting foreign bribery.

Os treinamentos são ferramentas essenciais para que os funcionários e líderes internalizem os valores envolvidos na luta contra a corrupção, deixando claro a todos, sem exceção, que existe tolerância zero em relação a qualquer prática ilegal, e expondo de maneira didática a fronteira, nem sempre fácil, do que é lícito e do que, embora ilícito, é ou era uma prática recorrente que deve ser extirpada. As pessoas jurídicas devem, nos treinamentos sinalizar regras claras de comportamento e disponibilizar canais de consulta onde possam não apenas realizar denúncias, mas esclarecer as eventuais dúvidas nas condutas (NIETO MARTÍN, 2013, p. 139).

(b) Controle interno e monitoramento

De igual obrigatoriedade e indispensabilidade é a análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade, considerando não apenas os já mencionados graus de interação com o setor público e o setor de mercado de atuação, mas também a localização e quantidade de pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, a quantidade de empregados e colaboradores e a utilização dos terceiros, tais quais os agentes intermediários, consultores ou representantes comerciais.

Consciente de que o trato com os terceiros constitui ponto nevrálgico da relação jurídica, o Decreto colocou como obrigatoriedade para reconhecer a validade do programa de *compliance* a realização de diligências apropriadas para a contratação destes terceiros e a supervisão destes, conforme o caso.

O controle e monitoramento das atividades realizadas pelos terceiros é de vital importância para a efetividade do programa, uma vez que, na prática, são eles os responsáveis pelo contato direto com a administração pública, por meio da prestação de informações relativas a empresa para recolhimento tributário, obtenção de certidões, alvarás e outros procedimentos que podem dar azo à prática de atos ilícitos.

Do ponto de vista contábil, o registro das informações financeiras devem ser precisas e refletir de maneira completa as transações da pessoa jurídica com controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade dos relatórios e demonstrações financeiras da empresa.

Obrigatória também a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos, devendo constar o relatório com registro preciso e a respectiva auditoria para controle e fiscalização quanto a este tipo de movimentação contábil.

De fundamental relevância para a validade do programa de integridade

é a verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas, a fim de se evitar a formação de cartéis permanentes ou esporádicos para a manipulação de preços e outras fraudes que caracterizem crimes contra a ordem econômica.

(c) Prevenção e medida corretivas

A fim de que o programa de integridade possa ser efetivo e cumprido com exatidão é necessário que esteja em uma estrutura independente da alta administração da empresa e que possua uma autoridade, nesta instância interna, que seja responsável pela aplicação e fiscalização do plano.

As políticas internas trazem diversos procedimentos para a prevenção de práticas ilícitas nos mais diversos âmbitos, porém, o Decreto n. 8.420/2015 determina que o programa de integridade traga “procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões”, fazendo com que este ponto seja obrigatório para um programa válido para fins de fiscalização administrativa, mas, também, ponto que, se cumprido, torna o programa robusto para evitar a prática de atos ilícitos que possam causar danos passíveis de reparação.

Para Modesto Carvalhosa, a existência de um serviço de auditoria interno permanente é fundamental para o desenvolvimento pleno de um regime de conformidade efetivo, expondo que a “deve, outrossim, a auditoria interna manter um sistema de análise de risco no que concerne às atividades e aos negócios próprios da pessoa jurídica nas relações internas, privadas e públicas.” (CARVALHOSA, 2015, p. 328)

A obrigatoriedade de canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, com incentivo real para sua utilização e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé com a demonstração do cumprimento de que a identidade dos denunciante restará preservada, principalmente aos colaboradores da empresa, é a engrenagem-mestra que faz o programa de integridade girar, desenvolver e mostrar os resultados práticos para prevenir a prática dos atos ilícitos.

Lado a lado ao recebimento das denúncias, mostra-se imprescindível a

apuração das denúncias com apresentação ao denunciante ou aos colaboradores do resultado da investigação com a aplicação das medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade.

No programa devem constar, obrigatoriamente, os procedimentos concretos e aptos a assegurarem prontamente a interrupção de qualquer tipo de irregularidade ou infrações detectadas, a qualquer tempo e modo e os meios a promover a tempestiva remediação dos danos gerados.

O Comitê de Governança ou Comitê de *Compliance*, como também é chamado, é um dos órgãos constituídos para investigar as denúncias recebidas. Após investigação deve revelar as denúncias, protegendo os denunciantes para a tomada de medidas pelos órgãos de administração da pessoa jurídica, lecionando Modesto Carvalhosa que:

Dessas continuas e ininterruptas providências próprias do regime de conformidade (*compliance*) resulta a obrigação de revelar os fatos que sejam apurados pela auditoria interna aos órgãos da administração da pessoa jurídica, de forma a comprometer e vincular os seus dirigentes (i) no prosseguimento das apurações; (ii) na cessação imediata das práticas de corrupção interna, privada e/ou pública; (iii) na exclusão dos seus quadros das pessoas físicas implicadas – incluindo os próprios dirigentes e funcionários – e (iv) na denúncia aos órgãos públicos competentes para apuração das responsabilidades penais, administrativas e civis decorrentes das práticas corruptivas apuradas pela auditoria interna. (CARVALHOSA, 2015, p. 330).

E, considerando que as condições econômicas, sociais e políticas não são estanques e o programa de *compliance* efetivo e com o propósito real de bloquear a prática de atos ilícitos ou infrações legais que venham a causar qualquer tipo de dano à pessoa jurídica, deve o programa de integridade ser monitorado continuamente visando a seu constante aperfeiçoamento, adequações e inovações de combater cada vez mais direta e preventivamente a prática de qualquer ato lesivo por qualquer membro da pessoa jurídica.

5 CONCLUSÕES

A corrupção assola a sociedade global como um todo. Em alguns países ela se mostra mais forte, em outros, apresenta menor incidência.

É indiscutível que, conforme as relações entre os países avançam com condições cada vez mais acirradas na concorrência comercial e tratados

econômicos cada vez mais robustos, o combate à corrupção e a transparência do País nas relações jurídicas passaram a ser pontos de diferenças para o ingresso do capital e investimento estrangeiro na nação interessada na captação financeira.

O FCPA estadunidense, de 1977, foi uma das primeiras legislações a tratar a corrupção como ilícito, trazendo conceitos inovadores, de vanguarda e com regras severas de alcance transnacional.

Seguindo as tendências internacionais, em 2013, o Brasil sancionou a Lei 12.846/2013, denominada “Anticorrupção”, regulamentada pelo Decreto n. 8.420/2015, trouxe como um de seus pontos altos, a responsabilidade objetiva atribuída à pessoa jurídica quanto à prática dos atos lesivos. Importante salientar que a Lei trata apenas da responsabilidade civil de natureza administrativa e de natureza civil, não avançado sobre a responsabilidade penal.

Apesar das inúmeras discussões e irrisignações sobre a responsabilidade objetiva imputada pelo legislador à pessoa jurídica na Lei n. 12.846/2013, é incontestante que esta foi admitida e incorporada em nosso ordenamento jurídico, até o momento, sem ressalvas pelo Supremo Tribunal Federal. A análise de culpa restou adstrita à pessoa natural, nos termos da Lei Anticorrupção.

A natureza objetiva imposta à pessoa jurídica, fundada na teoria do risco, pauta-se no dever de cautela extrema que deve ter ao tratar com a administração pública e seus recursos que pertencem à sociedade e são fundamentais ao desenvolvimento de atividades de serviços públicos essenciais à população.

A fim de propiciar e incentivar que a empresa proveja meios de se proteger e proteger terceiros quanto à prática de atos lesivos à administração pública e se proteger nas relações entre privados, a gestão de um programa de *compliance* efetivo é meio salutar para evitar a responsabilização civil por práticas de atos nocivos à administração pública.

É certo que somente o combate implacável à corrupção pode trazer o perfeito equilíbrio nas relações entre os entes públicos e privados.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, s.d. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 23 maio 2018.

BASLE COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. *Core principles for effective banking*

supervision. Basileia, set. 1997. Disponível em: <<https://www.bis.org/publ/bcbs30a.htm>>. Acesso em: 26 maio 2018.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BITTAR, Calos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Conjur*, São Paulo, 9 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao>>. Acesso em: 23 maio 2018.

CANDELORO, Ana Paula P.; Rizzo, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexos no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Org.). *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

COATES, John. The goals and promise of the Sarbanes-Oxley Act. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 5 mar. 2007. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2007/03/05/the-goals-and-promise-of-the-sarbanes-oxley-act/>> Acesso em: 23 maio 2018.

DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz et al. *Lei anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Forum, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

EICHER, Sharon. Introduction: What Corruption is and Why it Matters. In: ____ (Ed.). *Corruption in international business: the challenge of cultural and legal diversity*. London: Routledge, 2009.

JOSSERAND, Louis. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence. Paris : Arthur Rousseau, 1897.

- LAMY, E. (Org). *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimentos e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 947, p. 267–279, set. 2014.
- MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. Compliance no Brasil e suas origens. *Valor Econômico*, São Paulo, nov. 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MATHEWS, Arthur F. Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements. *LexisNexis: Northwestern Journal of International Law & Business*, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 156, p. 9-30, 2014.
- NIETO MARTÍN, Adam. La privatización de la lucha contra la corrupción. *Revista Penal México*, n. 4 mar./ago. 2013, p. 139.
- OECD. *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*. OECD – UNODC, World Bank 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>> Acesso em: 22 maio 2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SAGRADA BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e Novo Testamentos*. Tradução de José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.
- SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence. Paris : Arthur Rousseau, 1897.
- SCHAPIRO, Mary L. Dodd-Frank principles and provisions. *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 16 nov. 2012. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2012/11/16/dodd-frank-principles-and-provisions/>>. Acesso em: 26 maio 2018.
- SCHAUPENSTEINER, Wolfgang. *Grundzüge innerbetrieblicher und konzertierter Compliance-Management-Systeme*. 2010. Disponível em: <http://www.schaupensteiner.de/_doc/20101203_Deggendorf.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.
- SHADDOCK JONES, Mary. Watergate special prosecution force created...the birth of the FCPA. *FCPA Compliance Report*, 2 nov. 2012. Disponível em: <<http://fcpacompliance->

port.com/2012/11/watergate-special-prosecution-force-createdthe-birth-of-the-fcpa/>
Acesso em: 23 maio 2018.

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* – responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SWEET, Willian. Dodd-Frank Act becomes law. *The Harvard Law School forum on corporate governance and financial regulation*, 21 jul. 2010. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2010/07/21/dodd-frank-act-becomes-law/>>. Acesso em: 23 maio 2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perception index*. 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#-table>. Acesso em: 19 maio 2018.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. *FCPA Guide*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

VERZOLA, Antonio Carlos. *Processos sancionadores nos mercados financeiros e de capitais: BACEN e CVM*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Direito anticorrupção em rede e cooperação jurídica internacional

Marco Bruno Miranda Clementino¹

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um ilícito sem fronteiras. Mesmo quando praticada em prejuízo de órgãos públicos de determinado Estado nacional, seus efeitos deletérios têm o potencial de afetar, ainda que de forma indireta, o sistema econômico global e de irradiar para todo o planeta repercussões sociais relevantes. Vivencia-se há algum tempo o contexto em que as relações econômicas são estruturadas a partir da lógica da transnacionalidade. Nesse sentido, a maximização indevida de lucros por meio da corrupção implica séria ameaça às premissas concorrenciais do sistema econômico, concebido globalmente, gerando distorções cujas projeções não são mais unicamente locais.

O objetivo geral do presente texto é estudar o fundamento da repressão transnacional da corrupção pelos sistemas jurídicos nacionais e do respectivo emprego da cooperação jurídica internacional como mecanismo. Como objetivos específicos, são também analisados os preceitos normativos da Lei n. 12.846/2013 (conhecida como “Lei Anticorrupção”), em particular aqueles que pressupõem a transnacionalidade do interesse tutelado pela ordem jurídica brasileira, por intermédio de seu marco institucional doméstico.

A legitimidade do exercício da tutela de um interesse marcadamente

¹ Juiz Federal e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Membro do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito.

transnacional por instituições nacionais constitui problemática deste trabalho. Ela implica a resignificação de alguns conceitos clássicos de teoria geral do Estado, como soberania e território, e de seu alcance ao sistema constitucional brasileiro. No caso específico da Lei Anticorrupção, a problemática se torna relevante caso se considere a previsão de responsabilização, pelo Estado brasileiro, da corrupção praticada contra a administração pública estrangeira.

O trabalho emprega metodologia descritivo-documental, instrumentalizada essencialmente por fontes bibliográficas, nacionais e estrangeiras, sobre corrupção, transnacionalidade, soberania e cooperação jurídica internacional.

2 O DIREITO (TRANSNACIONAL) EM REDE

Mais de sessenta anos atrás, Philip Jessup (1956), professor e juiz norte-americano da Corte Internacional de Justiça, decretava o fim do Direito Internacional como um direito essencialmente interestatal. Vislumbrava ele a superação das premissas clássicas do Direito Internacional, que passa a então assumir como objeto a disciplina de um direito transfronteiriço ou que simplesmente desconsidere os referenciais territoriais como fundamento de validade.

Tempos depois, Samuel Huntington (1973), cientista político também norte-americano, publicou um estudo sobre o modelo das organizações em âmbito global. Analisando diversas delas, identificou ele, dentre outras características, o desenvolvimento de suas atividades por meio de várias fronteiras, sem que estas configurassem empecilho à viabilização da movimentação econômica mediante instrumentos bancários de transferência de capitais.

É inegável que a lógica transnacional se incorporou ao próprio modo de pensar e agir dos seres humanos. O território nacional perdeu sua densidade como fator de influência nas relações humanas e isso permitiu que a tutela do indivíduo em si fosse amplificada e exercitável, mesmo no contexto das ordens jurídicas nacionais. Como consequência, as competências dos agentes públicos nacionais, a exemplo dos juízes, passam a apresentar relevância também transnacional, prestando-se à proteção de interesses supraestatais, estrangeiros e mesmo universais.

Naturalmente, esse comportamento “transnacional” do ser humano também se constata no campo do ilícito, visando essencialmente à potencialização do lucro e à fuga das instituições estatais de controle, tradicionalmente estruturadas sob a influência do clássico conceito de soberania nacional. Não faz sentido que uma organização criminosa estruture sua atividade segundo a delimitação do território estatal.

Muito pelo contrário, ela tende a desconsiderá-lo justamente para escapar ao marco jurídico e institucional que se forma em torno dele. Assim, se a desconsideração do território já consiste em si num fenômeno da economia lícita, trata-se de uma estratégia ainda mais atrativa no contexto de uma empreitada criminosa.

Porém, no curso das décadas, esse traço cultural do comportamento humano não foi suficiente para derrubar as estruturas estatais. Ao mesmo tempo em que circula pelo globo, o ser humano vive nas cidades e finca raízes em parcelas dos territórios dos países, nas quais exercita posse e propriedade. Na vida diária, paga impostos e usufrui de serviços estatais. Quando viaja e ultrapassa suas próprias fronteiras, também se depara com as instituições do país que visita.

Enfim, o incremento das comunicações – com a conseqüente redução das barreiras espaciais – e a intangibilidade do mundo digital não conseguiram, pelo menos ainda, destruir o Estado nacional. Pelo contrário, de tempos em tempos, até se constata politicamente certo recrudescimento de ideais nacionalistas. Só que os problemas do Estado passaram a ser outros, muito mais abrangentes e, por vezes, imperceptíveis ao olhar meramente nacional.

A preservação do Estado nacional como dado político suscita, então, um paradoxo: é necessário conceber estratégias nacionais para enfrentamento de problemas e tutela de interesses transnacionais. A despeito da existência de uma multiplicidade de ordens jurídicas supraestatais, o fato é que o Direito Internacional não chegou a se fortalecer institucionalmente a ponto de atrair para si a solução concreta da infinidade de problemas transnacionais que gravitam em torno do planeta. Existem jurisdições internacionais, que são meramente complementares às nacionais, assim como inúmeras outras organizações internacionais, cujas pautas de atuação são essencialmente influenciadas pelos Estados nacionais.

A opção pelas estratégias nacionais tem como vantagem uma maior pulverização espacial. Corre-se, porém, o risco de uma resposta errática e desarticulada, já que são várias instituições nacionais funcionando ao mesmo tempo. Para que esse modelo funcione, é preciso estimular a atuação dos Estados em rede, a partir de uma lógica de coordenação horizontal, instrumentalizada pelo diálogo e pela cooperação. Fortalecem-se os esforços em busca de um determinado objetivo, evitando possíveis conflitos em decorrência da atuação isolada, porém simultânea, de múltiplos Estados nacionais.

Por óbvio, esse modelo político de relacionamento interestatal ostenta também uma roupagem jurídica. Pode-se, então, afirmar que os problemas trans-

nacionais são enfrentados em rede por meio das estruturas jurídicas nacionais e de seus respectivos *corpora* institucionais. Desse modo, o Direito Transnacional se expressa fundamentalmente como vários direitos nacionais articulados em rede. Nesse contexto, o Estado nacional permanece incólume, mas não descarta de mirar também suas competências para a tutela de interesses extraterritoriais.

3 A SOBERANIA REVISITADA

Nem sempre foi assim. Aliás, tampouco o é para todo e qualquer intérprete do Direito, mesmo nos tempos atuais. A afirmação de que o Estado nacional tem a prerrogativa de tutelar interesses transnacionais não resiste a um raciocínio apressado. É preciso revisitar alguns conceitos clássicos, recorrendo também à ciência política, para lhes atribuir uma nova significação.

O conceito de soberania nacional nasce atrelado ao de território, como elementos do Estado nacional. A soberania, como expressão do poder do Estado, surge como conceito no período moderno (CLEMENTINO, 2016), desdobrada em interna (incidente sobre o território do Estado) e externa (com referência extraterritorial). No plano interno, ela significa o poder de sujeição do Estado sobre as coisas existentes no território; no plano externo, implica a prerrogativa de não intervenção nos assuntos domésticos, expressa na independência nacional.

No que se refere à soberania externa, o passar dos séculos lhe exige, porém, nova significação. Conflitos em escala mundial terminam por colocar em xeque a simples preservação da humanidade e erigem a ideia da interdependência entre os Estados na sociedade internacional. Relativiza-se, então, o conceito de soberania externa e os Estados abandonam o comportamento atomizado, para assumir postura ativa e negociada em torno de interesses comuns.

É característica dessa relativização a cessão, pelos Estados, de parcelas de soberania nacional para formação de organizações internacionais. Elas são uma espécie de combustível político para formação de novas ordens jurídicas no plano internacional. Ao mesmo tempo, condicionam o relacionamento dessas novas ordens com as estatais.

No entanto, a criação de organizações internacionais não conseguiu esgotar o modelo estatal, que institucionalmente prevalece no enfrentamento dos problemas cotidianos, ainda que estes se projetem para além dos territórios nacionais. Dessa forma, a jurisdição estatal finda por impactar relações também transnacionais, na perspectiva de que, no trato de interesses comuns, os Estados devem atuar de forma articulada.

Sob o Direito Internacional, a jurisdição consiste no poder do Estado “de regular ou de qualquer modo impactar o povo, a propriedade e circunstâncias e reflete os princípios básicos da soberania estatal, igualdade entre os Estados e não-intervenção em assuntos domésticos” (SHAW, 2008, p. 645). Em outras palavras, jurisdição é uma espécie de desdobramento jurídico da soberania, expressa na jurisdição prescritiva (poder de legislar), na jurisdição adjudicativa (poder de estabelecer o processo judicial a fim de identificar violação às regras e indicar as consequências para essa violação) e na jurisdição executiva (poder de impor as consequências pela violação à lei, estabelecendo sanções).

Ainda em 1927, a Corte Internacional Permanente de Justiça, vinculada à Liga das Nações, enfrentou a problemática dos limites da jurisdição estatal no contexto do exame do emblemático *Caso Lótus*. Ali se decidiu pelo primado do critério territorial como legitimador do exercício da jurisdição estatal, mas desde logo se admitiu o emprego de critérios também extraterritoriais.

Quase um século depois, a legitimação do exercício da jurisdição ganha contornos semânticos ainda mais desafiadores aos conceitos clássicos. No *Caso Lótus*, o critério referencial para definir a legitimação da jurisdição nacional foi o territorial, admitindo-se sua extensão a alguns critérios extraterritoriais, porém sempre atrelados a algum interesse vinculado ao próprio Estado nacional ou a algum de seus nacionais. Nos dias atuais, o Estado, não raras vezes, assume a posição de tutela de interesses rigorosamente transnacionais, exercendo agora, em rede, uma soberania revisitada.

Existe, por óbvio, uma relação de continência entre os interesses transnacional e nacional. Todavia, tampouco se duvida de que admitir essa legitimação da jurisdição estatal implica importante mudança de paradigma. Quanto ao Direito brasileiro, exige reconfigurar a interpretação dos arts. 1º, I e 4º, I e IV, da Constituição Federal.

Com efeito, se o Estado brasileiro tutela interesse transnacional, precisa admitir reciprocidade. Isso quer dizer que interesses brasileiros podem ser também impactados por jurisdição estrangeira. No que se refere à repressão da corrupção, por exemplo, se a jurisdição brasileira pretende sancionar a corrupção praticada contra administração pública estrangeira, deve permitir que jurisdição estrangeira também puna aquela praticada contra a sua, sem que essa postura possa ser interpretada como violadora da soberania nacional, enunciada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil no art. 1º, I, da Constituição Federal.

A mesma lógica se aplica ao outro lado da moeda. Ao reconhecer que se tutela, na verdade, um interesse transnacional, tampouco se há de cogitar agressão à independência nacional de outros Estados ou mesmo contrariedade ao princípio da não intervenção, prescritos, respectivamente, no art. 3º, I e IV, da Constituição brasileira. O fenômeno consiste em expressão do Direito Transnacional em rede, o qual, antes de inviável pelo Direito Constitucional, é nele fundado, a partir dessa interpretação revisitada.

4 O DIREITO ANTICORRUPÇÃO EM REDE

A ordem jurídica brasileira aderiu ao Direito Anticorrupção em rede. O passo fundamental foi a incorporação, ao sistema jurídico nacional, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Outrora, o Estado brasileiro aderira à Convenção Interamericana contra a Corrupção (adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos) e à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (celebrada no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Tais marcos normativos são resultados de debates e negociações iniciadas anos antes, na década de 1990, quando a repressão à corrupção ganhou destaque na agenda internacional.

Já no Preâmbulo da Convenção de Mérida, estabelece-se a premissa de que “a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”, exigindo “a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”. Depreende-se então, desde logo, que a normatização do tratado carrega a matriz filosófica justificadora da estruturação de um Direito (transnacional) em rede.

Como consequência disso, o texto da Convenção, no art. 16, determina a tipificação como delito, no direito interno de cada signatário, do suborno do funcionário público de administração estrangeira e do funcionário de organização internacional. Portanto, submete à jurisdição nacional a tutela de um interesse que transcende à estrutura do Estado, na perspectiva daquela visão de soberania revisitada.

Todavia, é interessante também constatar a preocupação, no próprio texto da Convenção, de promover a necessária coordenação entre ordens jurídicas

estatais, a fim de viabilizar uma adequada articulação em rede. No art. 4, estabelecem regras justamente de proteção à soberania nacional, relacionadas à preservação da integridade territorial.

Mais adiante, no art. 42, a Convenção também delimita o exercício das jurisdições nacionais em seu cumprimento. E, nesse caso, são utilizados, basicamente, o critério territorial e alguns critérios extraterritoriais que já haviam sido assentados no *Caso Lótus*, como o pessoal ou de personalidade (art. 42, 2, *a e b*) e o real ou de proteção ou de defesa (art. 42, 2, *d*).

Com efeito, no Direito em rede, a despeito de os Estados assumirem a tutela de interesses transnacionais, isso não implica o exercício ilimitado e desgovernado da jurisdição nacional. Criam-se referenciais internacionais de articulação entre as jurisdições nacionais, até porque o objetivo primordial é criar um ambiente de cooperação e não de conflitos.

No caso do Direito brasileiro, objetivando dar cumprimento ao disposto na Convenção, em particular o que prescreve o art. 26, entrou em vigor a Lei n. 12.846/2013, também conhecida como “Lei Anticorrupção”, dispondo sobre a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. O ato legislativo se soma a outros preceitos normativos da ordem jurídica brasileira destinados à sanção da prática de corrupção.

Nesse caso, embora se trate de legislação especificamente voltada à responsabilização e conseqüente sancionamento administrativo e civil de pessoas jurídicas, é possível extrair claramente de sua normatização seu enquadramento como vetor do Direito Anticorrupção em rede na ordem jurídica brasileira. Tal como previsto na Convenção de Mérida, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilização pela prática de corrupção praticada contra a administração pública estrangeira, expressando nítida intenção de promover sua repressão como um interesse transnacional.

5 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O DIREITO ANTICORRUPÇÃO

O Direito em rede observa essencialmente a lógica cooperativa. Como se preservam as jurisdições nacionais – com o primado da territorialidade como regra e a extraterritorialidade como exceção –, sem que se crie uma jurisdição internacional específica para tutela do interesse transnacional, a atuação coordenada entre

os Estados precisa ser operacionalizada por meio de mecanismos de cooperação jurídica internacional.

A cooperação jurídica internacional pressupõe a assistência de um Estado a outro a fim de solucionar um problema jurídico. Esse auxílio, solicitado por um Estado a outro, tem por pressuposto o respeito à soberania nacional, sendo empregado quando existe a necessidade de que determinada medida jurídica surta efeitos extraterritoriais. Ele é necessário porque, ainda que se busque tutelar um interesse transnacional, qualquer jurisdição nacional sofre as naturais limitações decorrentes do princípio da territorialidade, em especial no que se refere à jurisdição executiva, já que a soberania nacional ainda preserva, mesmo depois de revisitada, o poder de sujeição do Estado às coisas existentes sobre seu território.

Nesse sentido, ainda que o Estado, revisitando o conceito de soberania, empreenda suas instituições para tutela de um interesse transnacional, qualquer efeito extraterritorial de suas decisões ou mesmo qualquer medida também extraterritorial que constitua pressuposto necessário para o funcionamento da sua jurisdição depende da permissão do Estado onde aquele deve ocorrer. Em outras palavras, ainda que se trate de um interesse transnacional legítimo, nenhum Estado pode transpor o território do outro sob o fundamento de exercício legítimo de sua jurisdição.

Por isso, é possível afirmar que a cooperação jurídica internacional é o instrumento por excelência de interconexão do Direito em rede. Ela permite que atos jurídicos possam circular de uma jurisdição a outra, possibilitando a necessária fluidez na relação coordenada entre os Estados. Assim, mesmo sem a criação de uma jurisdição internacional específica, interesses transnacionais podem ser protegidos pelas jurisdições nacionais conjuntamente.

É verdade que não existe, na Lei Anticorrupção, nenhum enunciado específico sobre o emprego de cooperação jurídica internacional para subsidiar o processamento da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de corrupção. Entretanto, isso não significa que seja impossível o seu manejo, com base no texto da Convenção de Mérida, cujo art. 43 prescreve a hipótese de cooperação jurídica internacional.

Com efeito, o art. 43 se refere primordialmente à cooperação penal, mas, na parte final do item 1, enuncia-se que, “os Estados Partes considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção”, quando

houver previsão no seu direito positivo. Assim, caso seja necessário ao Estado brasileiro recorrer à cooperação para fins de cumprimento da Lei Anticorrupção, o próprio tratado, incorporado à ordem interna, constitui-lhe a fonte normativa.

Contudo, algumas análises interessantes podem ser feitas sob o enfoque do princípio da dupla incriminação, disciplinado também, para esse fim, no art. 43.2. É que a Lei Anticorrupção, na verdade, dispôs apenas sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, não instituindo a responsabilização penal, ainda restrita quanto à prática de corrupção, no Direito brasileiro, às pessoas naturais. A Convenção de Mérida, nesse dispositivo, prescreve que a exigência de dupla incriminação se cumpre “se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados-Partes”, mesmo que o delito seja enquadrado em categoria distinta no Estado requerido ou o denomine com terminologia distinta.

Como consequência, o Brasil não enfrentará problema jurídico ao solicitar assistência de outro Estado para dar cumprimento à Lei Anticorrupção, simplesmente porque a própria Convenção de Mérida prevê a possibilidade de cooperação para a responsabilização administrativa e civil. Para os fins dessa específica legislação, o princípio da dupla incriminação não interfere no interesse brasileiro em recorrer à cooperação ativa.

O que pode ocorrer, porém, é o Estado requerido da cooperação resistir ao enquadramento como administrativa ou civil da responsabilização levada a efeito pelo Brasil por meio da Lei Anticorrupção. É que, nessas situações, a natureza sob a qual tenha sido formalizada a responsabilização por um determinado Estado não vincula o outro. Dessa forma, caso o Estado requerido identifique, na tipificação administrativa ou civil brasileira, contornos de responsabilização penal, a cooperação poderá vir a ser recusada.

Convém ressaltar que, na cooperação jurídica internacional, vigora o princípio da especialidade, segundo o qual “o Estado requerente somente pode fazer uso das medidas de cooperação nos estritos termos do que for permitido pelo Estado requerido” (CLEMENTINO, 2016, p. 146). A advertência é importante porque o princípio da especialidade pode, em tese, limitar o uso de assistência prestada por outro Estado na aplicação de sanções a pessoas jurídicas, na hipótese de interpretação restritiva do princípio da dupla incriminação.

Por outro lado, ao prestar assistência, no exercício da cooperação passiva, o Estado brasileiro detém o respaldo do texto da Convenção quando o Estado

requerente pretender a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas. Por outro lado, para fins de eventual responsabilização penal, os atos de cooperação, por força do princípio da dupla incriminação, hão de restringir-se às pessoas naturais.

De qualquer forma, a cooperação jurídica internacional constitui-se no principal mecanismo de fluidez do Direito Anticorrupção em rede, instrumentalizando a atuação do Estado brasileiro na tutela de interesses transnacionais. Registre-se que sua aplicação não se restringe à sanção por corrupção praticada em prejuízo de administração estrangeira. Reconhecendo na repressão à corrupção o traço da transnacionalidade, é possível cooperar mesmo quando o interesse imediato seja nacional.

6 CONCLUSÃO

A repressão à corrupção expressa um interesse transnacional, que não se restringe mais a determinado Estado em particular. Isso representa algo de muito significativo na definição dos modelos jurídicos que lhe são aplicados, sobretudo da cooperação jurídica internacional, na perspectiva de viabilizar uma atuação interestatal em rede. A jurisdição estatal legitima-se a tutelar interesses transnacionais por meio de suas próprias leis e instituições, porém respeitando a soberania territorial de outros Estados.

Embora o transnacionalismo tenha se incorporado à cultura humana, com influências notáveis nos campos econômico e social, o Estado não perdeu sua representatividade como ente político. Para fins de prescrição de comportamentos e de aplicação do Direito, é o Estado que está mais próximo dos indivíduos e das empresas. Com o objetivo de enfrentar os problemas jurídicos surgidos da transnacionalidade, ele precisou se reinventar e revisitar o conceito clássico de soberania.

A resignificação do conceito de soberania então permitiu a tutela de interesses transnacionais pelas jurisdições nacionais. Todavia, como se trata de um interesse transcendente ao estatal, a atuação dos Estados precisa ocorrer em rede, de forma coordenada e articulada, assim como em respeito à soberania territorial de cada um. Assim, a cooperação jurídica internacional figura como mecanismo fundamental para que, nesse contexto, seja possível a efetivação de medidas extraterritoriais, de uma jurisdição a outra, viabilizando a circulação internacional de atos jurídicos.

O reconhecimento da repressão à corrupção como um interesse transna-

cional está expresso na Convenção de Mérida. Isso significa enquadrá-la como expressão de um Direito Anticorrupção em rede, ideia reforçada no Brasil com a entrada em vigor da Lei n. 12.846/2013. Isso implica que a corrupção jurídica internacional também constitui o mecanismo fundamental de combate à corrupção, na perspectiva de uma proteção global com essa prática ilícita.

REFERÊNCIAS

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. *Cooperação jurídica internacional penal-tributária e transnacionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNTINGTON, Samuel. *Transnational organizations in world politics*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, n. 3, p. 333-368, abr. 1973.

JESSUP, Philip. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

A responsabilidade civil objetiva na Lei Anticorrupção

*Otavio Luiz Rodrigues Junior¹
Bruno de Ávila Borgarelli²*

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, inaugura um novo capítulo na história do direito sancionador no Brasil (QUEIROZ, 2015, p. 288). Os mecanismos nela contidos, porém, não se limitam a essa dimensão.

O art.1º da Lei Anticorrupção é uma verdadeira ementa dessa norma ao afirmar que ela “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

A lei não visa exclusivamente sancionar o sujeito que, por corrupção ativa, desencaminhe um agente público. O âmbito da lei, o objeto juridicamente tutelado, é mais amplo (ZOCKUN, 2017, p. 15). De acordo com seu art. 2º, a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos lesivos à Administração Pública dá-se (objetivamente) sempre que a conduta lesiva for praticada “em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Tais atos lesivos – os tipos objetivos – estão previstos em seu art. 5º, e são compreensivos de hipóteses como a oferta de vantagens indevidas a agentes públicos ou o ato de dificultar a “atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos”. Nas escalas dessa pátina

1 Livre-docente e Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Coordenador da Área de Direito da Capes.

2 Doutorando em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Coordenador da Área de Direito da Capes.

de cores, há diversas outras hipóteses de entre as duas mencionadas.

O sujeito ativo dos atos de corrupção é a pessoa jurídica, tendo-se como sujeito passivo o Estado. O delito consuma-se com a mera conduta, “como delito formal que é, e seu momento de consumação se dá com seu comportamento comissivo puro ou comissivo omissivo em concurso com o agente público”³

No parágrafo único do art. 1º da Lei Anticorrupção, encontram-se as pessoas jurídicas aptas a ocupar a posição de sujeitos ativos dos atos previstos na norma legal: (a) sociedades empresárias; (b) sociedades simples, personificadas ou não, “independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado”; (c) fundações; (d) associações de entidades ou pessoas; (e) sociedades estrangeiras, “que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro”. Tais pessoas podem ser “constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”. Dessa enumeração podem ser considerados como sujeitos ativos os partidos políticos, as entidades filantrópicas e as organizações não governamentais.

Diante dos atos lesivos, há duas consequências possíveis, a partir da interpretação da lei. A primeira está nas **sanções** previstas. A segunda radica-se na reparação integral do dano causado.

Neste artigo, pretende-se demonstrar que: (i) os aspectos punitivos adotados pelo legislador devem ser objeto de tratamento tipológico autônomo, especificamente quanto à criticável previsão de sanções sem culpabilidade; (ii) a responsabilidade civil, tal como prevista na lei, é objetiva. Mas ela não apresenta função sancionatória. Seu escopo restringe-se ao de compensar a Administração quanto aos valores indevidamente obtidos com a ocorrência do dano.

2 AS SANÇÕES NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Diante das práticas lesivas à administração pública (art. 5º), a responsabilidade chamada administrativa será efetivada mediante a aplicação, à pessoa jurídica, das sanções descritas nos dois incisos do art. 6º: (i) multa de 0,1% a 20% sobre o faturamento bruto do exercício anterior à instauração do processo; (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

Configura-se assim, na Lei Anticorrupção, uma competência administrativa

3 Segundo Carvalho (2015, p. 51): “Assim, para a configuração do delito de corrupção da pessoa jurídica deve haver uma relação entre a conduta comissiva pura ou comissiva omissiva da pessoa jurídica e a conduta comissiva pura ou comissiva omissiva do agente público no exercício de suas funções e atribuições políticas, judiciárias, administrativas e de promotoria pública”.

punitiva, a qual visa ao interesse do Estado. Não importa eventual benefício material da pessoa jurídica ou a dimensão desse benefício (CARVALHOSA, 2015, p. 54).

Esse procedimento administrativo não exclui a responsabilidade apurável em sede **judicial** (art. 18), independentemente da administrativa, o que comprova a coerência da Lei Anticorrupção com o sistema jurídico brasileiro (QUEIROZ, 2015, p. 289).

Na hipótese de apuração judicial de responsabilidade, poder-se-ão aplicar outras tantas sanções, as previstas no art. 19, que vão do perdimento dos bens e valores que representem vantagem obtida da infração, passando pela suspensão ou interdição parcial das atividades até à dissolução compulsória da pessoa jurídica. As sanções são imponíveis cumulativamente (art. 19, § 3º). O rito para essas ações judiciais é o previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985).

As sanções previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção têm natureza **cível**. Afinal, “a responsabilização judicial é deflagrada por uma **ação cível de responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo à administração pública [...]**”⁴.

Essas sanções da Lei Anticorrupção, “independentemente da esfera de aplicação (administrativa ou judicial), possuem natureza aflagrada, isto é, punitiva”. Dito de outro modo, elas não visam à “reparação de um dano”, mas a “infligir um mal, um castigo como consequência de um ato lesivo à Administração Pública” (ZARDO, 2017, p. 741).

É claro que isso não significa que existe um *mélange* quanto à esfera penal. A autonomia das instâncias administrativa e judicial, na Lei Anticorrupção, em relação à instância penal é notória. Em termos práticos, isso também se percebe dado que a imputabilidade penal para as pessoas jurídicas dá-se em hipóteses muito restritas, como no caso de crimes ambientais (QUEIROZ, 2015, p. 290).

Há quem defenda que o regime instituído pela Lei Anticorrupção implica a transposição da teoria da imputação objetiva para o espaço penal-administrativo, o “que representa o instrumento moderno de julgamento e condenação por parte do juiz criminal, não mais fundado na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica corrupta” (CARVALHOSA, 2015, p. 37).

4 “Tais sanções, que têm natureza cível, somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, pressupondo o ajuizamento da respectiva ação de responsabilização judicial, sendo defeso à autoridade administrativa a sua manipulação no âmbito extrajudicial” (QUEIROZ, 2015, p. 296).

Parte da doutrina considera que a aplicação dessas sanções não poderia ocorrer objetivamente. Em outros termos, apenas com o elemento intencional é que seria possível mobilizar o aparato administrativo sancionador ao sancionamento da pessoa jurídica. O elemento da culpa não seria dispensável:⁵

[...] tal modelo de responsabilização é manifestamente contrário ao princípio da razoabilidade e da proibição de excesso, na medida em que, primeiro, pode atingir quem não atuou de modo reprovável e nem contribuiu para o resultado lesivo, o que faz com que a pena não atinja sua finalidade. Afinal, punir quem já procura atuar de modo correto não provocará nenhuma mudança de comportamento, senão um sentimento de injustiça (ZOCKUN, 2017, p. 749-750).

A polêmica sobre a efetiva responsabilidade penal da pessoa jurídica é significativa, tendo como campo de discussão sua aparente inconstitucionalidade.⁶

Chega-se mesmo a cogitar da possibilidade de que tais punições, dado seu caráter exemplar e incisivo, prestar-se-iam ao efeito de forçar a celebração do acordo de leniência, mais um instrumento previsto pela Lei Anticorrupção.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

3.1 O DEVER DE REPARAR O DANO

Em dois dispositivos da Lei Anticorrupção encontra-se um fundamento explícito à hipótese de responsabilização civil objetiva da pessoa jurídica. O primeiro é o art. 6º, § 3º: “A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”. O segundo está em seu art. 21, em cujo parágrafo único é dito que a condenação nas ações de responsabilização judicial “torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito [...]”. A liquidação do dano ocorrerá posteriormente, caso não figure expressamente da sentença.

A condenação, portanto, com a conseqüente incidência das sanções previstas no art. 19, encerra o *an debeatur*. Sabe-se, nessa altura, que a pessoa jurí-

5 Em sentido aproximado, cf. Zockun (2017, p. 19-20).

6 “Ainda que existam vozes dissonantes – e sempre existirão –, aceita-se que o direito de liberdade só possa ser tolhido na medida da culpabilidade do agente faltoso; ou seja, segundo sua responsabilidade subjetiva no cometimento do ilícito. E isso porque se adotou, para estes casos, uma teoria de causalidade viabilizadora apenas da responsabilização subjetiva” (ZOCKUN, 2017, p. 19).

dica cometeu o ilícito e que deve reparar integralmente o dano por ela causado.

No caso da Lei Anticorrupção, tem-se a reparação integral como um efeito secundário da condenação. Sendo ilícida a sentença condenatória, a parte deverá requerer a apuração do montante. A liquidação, no geral, “dar-se-á na modalidade por artigos, ante a necessidade de prova de fato novo” (QUEIROZ, 2015, p. 328). De fato, a mais das vezes, o juízo não chega ao valor exato do dano ao Erário na fase de conhecimento, em vista do esforço de instrução nada razoável que isso exige⁷.

O que se deve destacar é o forte grau de autonomia atribuído à responsabilidade civil na Lei Anticorrupção. Por autonomia entenda-se a admissão da existência de um dever de reparar integralmente o dano, independentemente da dureza das sanções impostas à pessoa jurídica. O art. 16, § 3º, da Lei Anticorrupção, afirma, nesse sentido, que “o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

A reparação integral do dano, somada a um conjunto de sanções, mas independentemente destas, não é novidade no Direito brasileiro. O art. 225, § 3º, da Constituição de 1988, por exemplo, determina que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A inovação legal radica-se no caráter específico da responsabilização civil objetiva de uma pessoa jurídica que se beneficiou de atos praticados em lesão aos bens e interesses da Administração Pública. No ordenamento brasileiro, essa hipótese já não encontrava suporte legislativo? É do que se tratará na subseção seguinte.

3.2 A RESPONSABILIDADE FUNDADA NO RISCO DA ATIVIDADE

Embora não haja clareza quanto aos fundamentos metajurídicos que levaram o legislador a sua criação, a responsabilidade civil objetiva na Lei Anticorrupção baseia-se no risco da atividade exercida pela pessoa jurídica.

O art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, poderia ser visto como um dispositivo que já previa espécie de responsabilização civil da empresa por atos de corrupção. Segundo esse dispositivo, “as pessoas jurídicas de direito público e

7 “[...] gastando-se energia do processo para uma questão lateral, uma vez que o ressarcimento é apenas um efeito secundário na sentença condenatória da Lei Anticorrupção” (QUEIROZ, 2015, p. 328).

as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

É evidente que o preceito constitucional não produziu, *de per se*, toda a eficácia que dele se poderia esperar. A regra do art. 37, § 6º abrange, no caso das pessoas jurídicas de direito privado, apenas aquelas que prestarem serviços públicos. Além disso, é de difícil visualização, no conceito de “terceiros” lesados pelo ato dos agentes da pessoa jurídica, a própria administração pública. Na Lei Anticorrupção, dá-se exatamente o contrário: a norma destina-se prioritariamente à reparação dos danos sofridos pela administração pública.

Por outro lado, observando-se a questão sob o prisma infraconstitucional, poderia parecer que a “cláusula geral” de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, já serviria para fundamentar pretensões ressarcitórias em face da pessoa jurídica. Aparentemente, todos os elementos do suporte fático do preceito estariam preenchidos.

Na responsabilidade derivada do art. 927, parágrafo único, Código Civil, há quatro elementos que se destacam, segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] a) o autor do dano é quem exerce atividade (empresarial ou negocial), podendo ser empresário ou não, fornecedor de serviços ou produtos, ou não, ou qualquer ente despersonalizado que aufera vantagem com a atividade desenvolvida; b) a imputação civil é objetiva, porque gerada do fato do exercício da atividade de risco; c) a responsabilidade é objetiva, independente de culpa; d) vítimas do dano podem ser: insumidores, consumidores, empresários, entes despersonalizados e quaisquer sujeitos de direito (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 1407).

Compreende-se, no entanto, a necessidade de legislação específica.

Os “danos” de que trata o art. 927, parágrafo único, Código Civil, não são tarifados – como de resto não são as hipóteses previstas na legislação civil – o que dá margem para dúvidas na aplicação de preceitos dessa natureza. A Lei Anticorrupção, de modo diverso, estabelece que os atos lesivos à administração pública sejam precisamente identificados e dimensionados.

As hipóteses da responsabilidade civil objetiva na Lei Anticorrupção são

taxativas ou, se não completamente *numerus clausus*, estão próximas de um ideal de descrição que é incompatível com a técnica da (aparente) cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil. Tal amplitude da legislação civil não é incompatível com alguma margem de certeza, o que se tem procurado delimitar em obras de elevada qualidade dogmática, as quais almejam estabelecer critérios para a aplicação do preceito da codificação civil⁸. A despeito disso, a distinção é estrutural entre o Código Civil e a Lei Anticorrupção.

Por outro lado, a atividade, de que trata o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, não se constitui em uma mera sequência de atos voltados a um fim. Ela corresponde a uma atividade qualificada, a qual é “normalmente desenvolvida” e implica risco para os direitos de outrem. Conforme Claudio Luiz Bueno de Godoy, não se sujeita – pela regra em questão – “à responsabilização sem culpa quem apenas pratique um ato, posto que de causação de dano a outrem, e a despeito até de seu eventual caráter perigoso, de extremo risco, se se preferir, ou de indução de um risco especial, como se entende” (GODOY, 2010, p. 71-72).

Ainda segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy, “se de ato se trata, exclui-se a possibilidade de aplicação do dispositivo do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002” (IDEM, p. 72). Assim, o dispositivo “alude a uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, bem a indicar necessárias a coordenação, a organização, ao menos, e nunca a eventualidade, a prática ocasional. A continuidade coordenada dos atos sequenciais, a rigor, ostenta-se ínsita ao próprio conceito de atividade” (IDEM, p. 73).

Não seria possível aceitar a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, à hipótese de empresa cujo empregado, por exemplo, atuou para corromper agente público, lesando os interesses e bens da administração pública. Tal se afirma porque, na atividade normalmente desenvolvida pela empresa, obviamente não se verifica o desempenho de atos de corrupção. Salvo situações absolutamente anômalas, como a de uma empresa que se constitui em um sindicato do crime, a prática de corrupção constitui-se em **ato** eventual, cuja ocorrência, muita vez, aliena-se ao controle da própria pessoa jurídica.

Mesmo naqueles casos em que os atos de corrupção ocorrem de forma sistemática – pense-se nos “gabinetes da propina”, por exemplo – é muito difícil entrever a existência de uma “atividade normalmente desenvolvida”.

8 Cite-se, a título de exemplo, Godoy (2010).

Afastada a aplicabilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, ainda que de forma muito singela, percebe-se já um indício da necessidade de legislação específica para a responsabilidade civil da pessoa jurídica pelos danos à administração pública em razão de atos de corrupção.

Outra aproximação dá-se quanto ao art. 932, inc. III, do Código Civil, que estabelece a responsabilidade do empregador ou comitente por ato de seus “empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Trata-se de um dos casos de responsabilidade civil pelo fato de outrem. Segundo o art. 933, do Código Civil, essa responsabilidade dá-se independentemente de culpa. Não se cuida de uma presunção legal (mesmo que absoluta) de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Está-se diante do afastamento do elemento culposo. Com efeito, “a culpa do autor do dano acarretará a responsabilidade objetiva da pessoa sob cuja direção se encontrar, pouco importando se infringiu, ou não, o dever de vigilância” (DINIZ, 2017, p. 708).

O art.932, inc. III, do Código Civil, já teria condições de contemplar a hipótese de atos de corrupção lesivos à administração pública, praticados por empregados ou comissários de pessoas jurídicas. Aparentemente, esse dispositivo prestar-se-ia como ferramenta própria do Direito Civil, para tutelar tal hipótese de responsabilização.

Apesar dessa inclinação, não possuía o dispositivo um alcance tão amplo para, em uma visão sistemática, cumprir as missões instituídas pela Lei Anticorrupção. Tais misteres, ao menos em relação à responsabilidade civil, nada têm a ver com uma **precaução**, de molde a se obstar eventos danosos. Rigorosamente, trata-se muito mais de uma **explicitação** do dever de reparar qualquer dano causado e de uma simplificação da qualificação jurídica da conduta praticada.

Essa explicitação tanto mais se fortalece em uma norma com o perfil da Lei Anticorrupção. Nessa lei, portanto, a responsabilidade civil radica-se ao lado de um aparato repressivo notório, o que pode fixar, com maior precisão, tanto a existência do dever de reparar o dano quanto o zelo a se tomar em sua liquidação.

3.3 A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

Afastado o elemento da culpa, devem-se eliminar também algumas de suas variações, como a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*⁹.

9 “[...] as empresas não poderão alegar ausência de culpa *in eligendo* ou *vigilando*, mostrando-se importante, por conseguinte, instituírem sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes (art. 7º, VIII, *Compliance*),

Não se indaga sobre a culpa na responsabilização civil prevista na Lei Anticorrupção. É dispensável discutir que tipo de conduta – uma falta na escolha ou na vigilância – deu causa ao evento danoso. A responsabilidade basta-se com o dano e o nexo causal.

É preciso deixar muito clara a inexistência de espaços para as presunções de culpa na Lei Anticorrupção. Do mesmo modo que não se admite haver nessa lei um modelo de responsabilidade civil punitiva, também não se pode conceber que haja algo menos do que o risco no suporte fático de suas regras voltadas à reparação de danos.

4 A INEXISTÊNCIA DE UMA RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

A reparação do dano, na Lei Anticorrupção, distancia-se da função punitiva que assinala os demais instrumentos, mesmo cíveis, que a lei estabelece como medida repressiva aos atos de corrupção.

Em outros termos, a responsabilidade civil comporta, na Lei Anticorrupção, apenas sua tradicional função ressarcitória. Conceder-lhe uma função punitiva é um abuso de linguagem. Esta última é preenchida pelas sanções legais, cuja incidência não requer o elemento da objetividade.

É irrelevante que haja sanções cíveis na Lei Anticorrupção, como é o caso das previstas em seu art. 19. A responsabilidade civil, ao menos no contexto atual do Direito brasileiro, não exerce função punitiva. É inadequada a imposição de um valor ressarcitório que vá além do dano causado.

A função legal da recomposição do “patrimônio do sujeito lesado pela conduta antijurídica praticada por outro” não apresenta, conseqüentemente, natureza punitiva (JUSTEN FILHO, 2016, p. 557-575).

Confundir a responsabilidade civil objetiva da Lei Anticorrupção com uma espécie de pena privada é transportar para esse regime jurídico especial um equívoco que começa a se espalhar pelo Direito Civil. Essa leitura da nova legislação equivale a um desvio de finalidade da responsabilidade civil no Direito nacional, problema que no Brasil tem atingido proporções grandes demais. A insistência na ideia de uma responsabilidade punitiva é o reflexo de uma visão que transforma o direito privado delitual em um sucedâneo do Direito Penal ou de um mecanismo de transferência de renda.

criando, com isso, barreiras de prevenção à prática de comportamentos que violem a moralidade administrativa” (CUNHA; SOUZA, 2017, p. 27).

Conforme já se afirmou alhures, “a responsabilidade civil no Direito brasileiro tem recebido novas contribuições teóricas que põem ênfase na chamada flexibilização de seus elementos e pressupostos, como o nexo de causalidade e a culpa, além do surgimento de ‘novos danos’” (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 116). Essas teses são o aprofundamento de um discurso originado dos anos 1930-1950 nas doutrinas brasileira e francesa, “que reconheceu o impacto da chamada sociedade industrial nas relações de produção e na distribuição dos riscos nos vínculos submetidos à responsabilidade delitual” (IDEM).

Novo influxo foi dado com o surgimento do CDC e de mecanismos facilitadores da recomposição de danos, inclusive aqueles difusos e coletivos. Desde os anos 1990, especialmente no Direito Francês, assiste-se a uma defesa de uma responsabilidade civil alargada, apta mesmo a comportar funções de precaução e prevenção e, mais além, até mesmo de pena privada (RODRIGUES JUNIOR, 2016, p. 116). Como se explicou nessa mesma ocasião,

Os fatores metajurídicos também podem ser mencionados para justificar esse aprofundamento do discurso da flexibilização da responsabilidade civil. Em países pobres, o sancionamento de ilícitos delituais converteu-se, para além de sua função estritamente jurídica, em uma resposta involuntária do sistema judiciário a toda uma sorte de deficiências regulatórias na prestação de serviços públicos e privados. Se as agências reguladoras e os serviços de proteção ao consumidor não conseguem tornar efetivas muitas das normas do CDC, seja por deficiências estruturais de seu aparato fiscalizatório, seja pelo problema da superposição de regimes normativos (regulatórios, consumeristas, cíveis e tributários), assiste-se a uma ‘fuga para a responsabilidade civil’ como meio de se punir fornecedores (IDEM, p. 116-117).

Essa crítica não é isolada e tem crescido na doutrina brasileira, especialmente no que se refere ao combate à responsabilidade civil sem dano e à confusão entre as funções da responsabilidade civil (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2016, p. 89-104; CARRÁ, 2015; SILVA, 2013).

A Lei Anticorrupção, por eventuais deficiências em sua aplicação, pode dar espaço a um fortalecimento ainda mais prejudicial desse discurso da responsabilidade civil, desfigurando-a e tornando-a inservível para seus fins históricos, legislativos e estruturais. Como afirma Bruno Leonardo Câmara Carrá, “por sua

própria conformação lógica, a responsabilidade civil não pode deixar de se ocupar do dano existente, pena de deixar de ser responsabilidade civil”¹⁰.

5 CONCLUSÃO

Em legislações com forte viés repressivo, como é o caso da Lei Anticorrupção, a responsabilidade civil conserva-se preponderantemente apartada de funções punitivas puras. As ressalvas, que sempre se fazem presentes em qualquer afirmação nesse sentido, ligam-se a regimes jurídicos muito especiais ou à admissão excepcional dos danos punitivos em acórdãos isolados, o que não representa o pensamento dominante nos tribunais superiores¹¹.

Só existirá responsabilidade civil diante de dano efetivo, e seu preenchimento dá-se com a reparação em sua exata medida. As multas que a Lei Anticorrupção impõe extrapolam o campo da responsabilidade civil. Elas entram no espaço próprio do sancionamento administrativo, ainda que a natureza de parte dessas sanções seja mais próxima do conceito de pena privada (art. 19).

Admitir que a Lei Anticorrupção haja aberto as portas para tal função da responsabilidade civil equivale a abrir fissuras na monolítica expressão do sistema delitual privado no Brasil, o que não pode ocorrer sem um grande prejuízo à legalidade. Espera-se que doutrina e jurisprudência caminhem de forma a dar aplicabilidade à Lei Anticorrupção, sem cair nos excessos de um discurso funcionalizante e, muita vez, mais retórico do que eficaz.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, jan./mar. 2016, p. 89-104.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1315479/SP*. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 21/3/2017.

_____. _____. *Agravo Regimental no Ag 850.273/BA*. Rel. Ministro Honildo Amaral

10 Carrá (2015). Essa orientação foi expressamente acolhida por Rui Stoco (2017, p. 173-184), com referência ao texto de Bruno Leonardo Câmara Carrá.

11 Nesse sentido: “O sistema brasileiro de responsabilidade civil não admite o reconhecimento de danos punitivos, de modo que a adoção de medidas inibitórias eficazes para prevenir a concretização de dano material, seja pela comercialização, seja pela mera exposição ao mercado consumidor, afasta a pretensão de correspondente reparação civil” (BRASIL, STJ, REsp 1315479/SP). “A aplicação irrestrita das ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002” (BRASIL, STJ, AgRg no Ag 850.273/BA).

de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 3/8/2010, DJe 24/8/2010.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano*: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee. *Lei anticorrupção empresarial*. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da personalidade societária e responsabilização de terceiros na Lei de improbidade administrativa e na Lei anticorrupção. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 28, n. 241, p. 557-575, jan./mar. 2016.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 288.

MARRARA, Thiago (Coords.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 15.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para a crítica de um conceito. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, n. 3, jul.-set. 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição. *Revista dos Tribunais*, v. 106, n. 975, p. 173-184, jan. 2017.

ZARDO, Francisco. Reflexões sobre a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; OLIVEIRA, André Tito da Motta; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coords.). *Direito, instituições e políticas públicas*: o papel do jusidealista na formação do Estado. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 741.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coords.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 15.

A Lei Anticorrupção

Paulo Dias de Moura Ribeiro¹

1 APRESENTAÇÃO

Corrupção vem do latim *corrumpere*, no sentido de **tornar podre, estragar, decompor**. Por isso é que se diz que o “calor corrompe os alimentos”, embora também possa ter o sentido de **alterar** ou de **adulterar**, permitindo que se diga que “o texto foi corrompido ao se fazer a sua adaptação”.

Mas o que se quer extrair do objetivo da lei é a sua ideia de **subornar**, de **peitar**, de **comprar** por baixo dos panos, às escondidas para obtenção de vantagem indevida. Vai daí o corromper a testemunha para com o depoimento falso lograr vencer a causa (FERREIRA, 1999, p. 564).

No entanto, para os fins do tema proposto, há que se ter em linha de consideração a definição legal que o legislador emprestou aos **atos lesivos à administração pública**, que ele tratou de rotular como vantagem indevida auferida mediante oferecimentos indigestos, até por interposta pessoa, ou ainda no campo das licitações e contratos, a frustração ou a fraude dos certames ou ajustes por suborno (art. 5º, I, II, III, IV e V, da Lei 12.846/13).

2 A LOCALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TEMA

A CF/88, cidadã, trouxe ao gênero direitos e garantias fundamentais, 5 espécies diversas, a saber: direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direi-

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

tos de nacionalidade, direitos políticos e dos partidos relacionados à organização e participação de partidos políticos (arts. 5º, 6º, 12, 14 e 17, respectivamente).

Sabe-se que a doutrina moderna apresenta uma classificação diferente: direitos fundamentais de *primeira*, de *segunda* e de *terceira geração*. Os de **primeira geração** são as liberdades públicas surgidas a partir da *Magna Charta*; os de **segunda**, são os direitos sociais, econômicos e culturais surgidos no início do século passado (direito do trabalho, seguro social, amparo à doença e à velhice, declarações do homem, declarações de convivência internacional); e, os de **terceira geração**, os chamados direitos de fraternidade e solidariedade, que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, qualidade de vida saudável, direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, à felicidade. (MORAES, 2009, p. 31-32)

Os movimentos dos séculos XIX e XX não buscavam apenas a ampliação dos direitos desconhecidos ao movimento liberal, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais.

No período de 1930 a 1937, a era Vargas, ditatorial com o Estado Novo, propiciou grande avanço no campo dos direitos sociais, principalmente para os trabalhadores. Mas a luta dos liberais contra o Estado absolutista prosseguia, e a queda daquele governo representou uma vitória para os que clamavam pelos direitos de primeira geração e o primado da dignidade humana (*dinamogenesis*, o nascimento dinâmico dos direitos humanos com fundamento na dignidade do indivíduo, conforme cada momento histórico). (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 175)

Com a Constituição de 1946, aumentaram os direitos civis e políticos, reconhecendo o direito de greve e o direito do trabalhador de participar dos lucros das empresas.

Os direitos de terceira geração sintetizam os de primeira e segunda numa perspectiva de dignidade humana que brotou após o término da Segunda Guerra Mundial quando foi assinada em 1945, a fundação das Nações Unidas, em São Francisco (EUA), reverenciando os direitos da pessoa humana e a dignidade humana.

O preâmbulo da nossa CF já bem assenta esses direitos de terceira geração ao dizer que a Assembleia constituinte instituiu um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na **harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**.

E o Brasil rege-se pela paz (art. 4º, VI, da CF), que permite dizer, com esteio em Paulo Bonavides, que já nasceram os direitos de **quarta geração** (direito à democracia, à informação, ao pluralismo), bem como os de **quinta geração**, os direitos humanos (BONAVIDES apud SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 181).

Por isso, a propósito da harmonia social comprometida com a ordem interna e internacional, o esteio constitucional se ancora nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 5º, da CF, a saber:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Vale então lembrar, ainda, que, no campo da ordem econômica e social, o Constituinte fez uma nítida opção, no art. 170, da CF, pelo modelo capitalista e de produção, ou seja, pela economia de mercado (art. 219, da CF), cuja base é a livre iniciativa.

E a ordem econômica tem por fundamento a valorização do trabalho humano e a valorização da livre iniciativa para uma existência digna, sempre pautado nos ditames da justiça social, amparada nos 9 princípios que a norma elencou, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades.

Apesar da nítida opção feita pelo Constituinte, o art. 174, da CF, mitiga a amplitude da economia de mercado, para permitir a intervenção do Estado no domínio econômico como agente regulador e normativo, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento ao setor privado.

3 REPRESSÃO AO ABUSO

De há muito, com os direitos de terceira geração, abriram-se as portas para trancar a criminalidade internacional, quer contra o **Crime Organizado Transnacional** (Convenção das Nações Unidas, Nova Iorque, 2000, adotada no plano interno pelo Decreto 5.015/04), que gerou a **Lei 12.850/2013**, que diferenciou

a participação de organização criminosa e o diferenciou do antigo crime de quadrilha ou bando e deu ensejo à “colaboração premiada”.

Não se pode, ainda, deixar de ter em linha de consideração outras normativas que cuidaram da **delação premiada**, inaugurada pela **Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos)**, acrescentando-se a **Lei 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária)**, bem como a **Lei 9.613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro)**.

Vale a pena lembrar que o Brasil também é signatário da **Convenção Interamericana contra a Corrupção** (OEA, internalizada pelo Decreto 4.410/2012), da **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção** (CNUCC, internalizada pelo Decreto 5.687/06) e da **Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais** (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos, OCDE, internalizada pelo Decreto 3.678/2000). Por que tanta regra?

A corrupção é fator de desigualdade, de descrédito das pessoas nas suas instituições públicas. Emperra o desenvolvimento político e econômico. Há que se prevenir a sua ocorrência. A educação é o melhor remédio.

Daí as leis que visam combater as várias formas de ações ilícitas que trazem a desigualdade e a frustração e atravancam o desenvolvimento e geram aumento de custos, afligindo a economia de mercado.

Para os fins dos arts. 4º a 7º, da Lei 12.850/2013, a **colaboração premiada** ou processual se dá quando o acusado, na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes evita que outros venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia a polícia na coleta de provas contra os demais autores abrindo ensejo à prisão deles (colaboração repressiva).

Diz-se que é um instituto mais amplo que a delação premiada e encontra raízes na jurisprudência inglesa (impunidade após a confissão), nos EUA (*plea bargaining*, aceitação de testemunhar a favor da acusação), ou na Itália (colaboradores da Justiça, aplacando a ação das máfias, *pentitismo*). (SILVA, 2014, p. 53-54)

O sucesso das investigações e do processo criminal pode levar o juiz a reduzir a pena em até 2/3 ou substituí-la por restritiva de direitos, diante de uma colaboração efetiva e voluntária.

Na **Lei de Atos Lesivos à Administração Pública - Lei Anticorrupção** (12.846/2013), a colaboração premiada de lá passou a ser rotulada de “acordo de leniência” que aqui foi introduzida pela Lei 10.149/2000, que promoveu alterações na Lei 8.884/94 (tornou o Cade uma autarquia e dispôs sobre a pre-

venção e repressão às infrações contra a ordem econômica). Sob o rótulo de **programa de leniência**, a questão também foi abrangida pela Lei de Defesa da Concorrência (art. 86, da Lei 12.529/2011).

A repressão aos cartéis é feita no âmbito administrativo, conforme o disposto na Lei 12.529/2011 e na Lei 8.666/93 (licitações e fraudes contra a administração pública) e na esfera penal nos termos da Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem econômica e financeira).

Incumbe ao Cade, no âmbito administrativo, investigar e punir os cartéis. Pode, ainda, celebrar com as empresas investigadas um **compromisso de cessação** com a condição de que a compromissária pague uma contribuição ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 85).

As investigações sobre cartéis não podem abrir mão de técnicas policiais para a obtenção de provas, como interceptações telefônicas e buscas e apreensões. Daí o Cade ter recebido colaboração da Polícia Federal e do Ministério Público.

Tal acordo é um instituto voltado para cooptar o membro do cartel que se encontra insatisfeito com ele ou com suas ações, sendo, assim, encorajado a delatar os comparsas, incentivado por benefícios como a redução da multa ou a extinção da punibilidade.

Sob a perspectiva jurídica e sobre a perspectiva da análise econômica, o acordo apresenta aspectos positivos e negativos, como mecanismo de prevenção e repressão do crime. Seria, por outro lado, um mecanismo que pouparia os recursos públicos expendidos em investigações, na medida em que as provas seriam obtidas de forma mais célere a um custo bem menor. Quanto ao aspecto negativo, teme-se que o acordo de leniência possa incentivar a colusão (conluio), tendo em vista a possibilidade legal de se obter a redução da multa ou a anistia.

O acordo de leniência está previsto no art. 86, da Lei n. 12.529/2011, que autoriza a Superintendência do Cade a celebrar tal acordo com pessoas físicas e jurídicas que estejam dispostas a colaborar com a investigação da prática denunciada, recebendo em troca alguns benefícios. Se o Cade não tinha conhecimento prévio sobre a existência do cartel, o denunciante fará jus ao benefício máximo, que é a extinção da punibilidade, desde que tenha cumprido todas as obrigações assumidas no acordo. No entanto, se o Cade já tinha conhecimento do cartel, mas não dispunha de provas suficientes à condenação, o benefício será a redução de um a dois terços da penalidade, conforme seja o grau de colaboração do denunciante na investigação.

A lei permite que os funcionários da empresa que celebrarem o acordo também se beneficiem de seus termos, desde que o assinem, admitam seu envolvimento no cartel e colaborem com o Cade nas investigações.

Nos termos da Lei de Defesa da Concorrência (art. 87), a celebração do acordo de leniência suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia criminal. Por ocasião do julgamento, o Tribunal do Cade decidirá se o acordo de leniência foi cumprido e, em caso positivo, extinguir-se-á automaticamente a punibilidade dos crimes previstos na Lei n. 8.137/90.

4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O ACORDO

O art. 86, § 1º, da Lei 12.529/11 estabelece os requisitos necessários para o acordo de leniência, a saber:

- 1) Só pode ser celebrado com a empresa ou a pessoa física que primeiro se apresentar ao Cade, devendo confessar a sua participação na prática denunciada;
- 2) O proponente não poderá mais continuar na prática da conduta denunciada;
- 3) O acordo não poderá ser celebrado com quem tiver liderado a prática denunciada;
- 4) O proponente deverá colaborar com a investigação para que sejam identificados os demais membros do cartel e para que sejam obtidas as provas necessárias da corrupção; e,
- 5) O Cade só poderá celebrar o acordo se já não dispuser das provas suficientes para a condenação do cartel.
- 6) A lei ainda permite que um outro proponente se beneficie da redução da pena, desde que denuncie ao Cade um outro cartel, do qual o Conselho não tenha conhecimento. Sendo, no caso, o primeiro informante, será o principal beneficiário (art. 86, § 7º). Este segundo acordo é conhecido como “leniência plus”.

5 A PROPOSTA DO ACORDO

A proposta do acordo será sempre **sigilosa** e não será **divulgada** em hipótese alguma, ainda que rejeitada pelo Superintendente, situação em que, em relação ao proponente, **não** será considerada como confissão quanto à matéria de fato, nem sequer como reconhecimento de conduta ilícita.

Só se terá conhecimento do acordo quando do seu julgamento pelo Cade.

6 COMENTÁRIOS

a) O acordo de leniência não é instituto adequado para o processo administrativo, quando a conduta também constitui crime. A extinção automática da punibilidade, sob controle do poder Executivo, é estranha nos ordenamentos jurídicos de países avançados. Nas jurisdições em que o acordo é realizado no âmbito administrativo, a conduta não é criminalizada no ordenamento jurídico. Naqueles em que o cartel constitui crime, o acordo é celebrado pelo Ministério Público, nos moldes de uma delação premiada.

b) O Brasil importou o instituto dos Estados Unidos e subverteu a ordem das coisas, ao conferir ao Cade, entidade do Poder Executivo, a competência para celebrar o acordo de leniência, que, nos Estados Unidos, fica a cargo do Ministério Público.

c) As autoridades administrativas não dispõem das prerrogativas do Ministério Público e da Magistratura. Assim que deixam seus cargos (o mandato é de no máximo quatro anos), levam consigo informações privilegiadas sobre acordos sigilosos.

d) Enquanto o Ministério Público, titular da ação penal, se encontra sob rigorosa vigilância do Poder Judiciário na delação premiada, o Cade, que não é titular de coisa alguma, mas mero aplicador da Lei de Defesa da Concorrência, que tutela os direitos da coletividade, dela recebeu a incumbência esdrúxula de compor com criminosos, composição essa que poderá resultar em extinção automática da punibilidade. Veja-se que o instituto, da forma como é aplicado no Brasil, subverte o princípio da incommunicabilidade das instâncias, para conferir proeminência ao Poder Executivo, em relação ao Judiciário.

e) Aceito o acordo de leniência para o processo administrativo, a ser celebrado pela autoridade administrativa, sem participação obrigatória do Ministério Público e sem envolvimento do Poder Judiciário, não é difícil imaginar a abrangência que se possa dar ao instituto, que, na verdade, poderia alcançar todo e qualquer processo administrativo, independentemente da matéria, pela vontade do legislador, excluindo-se o Ministério Público e o Poder Judiciário da apreciação de questões que, segundo conveniência do Executivo, devessem permanecer apenas em seu âmbito de conhecimento e decisão.

f) Percebe-se, no entanto, pelo seu próprio teor, que a nova Lei

Anticorrupção não adotou a mesma linha. O legislador teve o bom senso de não confundir as esferas administrativa e penal, tendo ademais preservado as competências do Ministério Público.

g) Isso leva a crer que o acordo de leniência no âmbito da Lei n. 12.846/2013, que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, poderá não produzir os efeitos esperados, visto que as empresas condenadas em processo administrativo não estarão a salvo de todas as penalidades administrativas, e ainda permanecerão sujeitas à percução criminal. O tempo dirá sobre sua real efetividade.

7 REGIMENTO DO CADE

Do Programa de Leniência (Resolução n. 5, de 6/3/13).

Art. 197. O programa de leniência é um conjunto de iniciativas com vistas a:

I – detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica;

II – informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei n. 12.529, de 2011; e

III – incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

Art. 198. Podem ser proponentes de acordo de leniência pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica e que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação;

III – no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente;

IV – confesse sua participação no ilícito;

V – coopere plena e permanentemente com a investigação e o processo

administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e

VI – da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados e ex-empregados envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a pessoa jurídica proponente.

§ 2º A adesão ao acordo assinado pela proponente, mesmo que formalizada em documento apartado e em momento subsequente, quando admitida pela autoridade, segundo critério de conveniência e oportunidade, terá o mesmo efeito da assinatura em conjunto.

§ 3º Caso a pessoa jurídica não seja proponente de acordo de leniência, isso não impedirá seu funcionário ou ex-funcionário de propô-lo, hipótese em que, caso firmado o acordo, os benefícios não se estenderão à pessoa jurídica.

Art. 199. O proponente que ainda não estiver de posse de todas as informações e documentos necessários para formalizar uma proposta de acordo de leniência poderá se apresentar à Superintendência-Geral e requerer, na forma oral ou escrita, uma declaração da Superintendência-Geral que ateste ter sido o proponente o primeiro a comparecer perante aquele órgão em relação a uma determinada infração a ser noticiada ou sob investigação.

§ 1º Para obter a declaração da Superintendência-Geral, o proponente deverá informar sua qualificação completa, os outros autores conhecidos da infração a ser noticiada, os produtos ou serviços afetados, a área geográfica afetada e, quando possível, a duração estimada da infração noticiada.

§ 2º Após fornecidas as informações referidas no § 1º, a Superintendência-Geral emitirá a declaração no prazo máximo de 3 (três) dias.

§ 3º Na declaração, será indicado prazo, não superior a 30 (trinta) dias, para que o proponente apresente, se for o caso, proposta de acordo de leniência à Superintendência-Geral.

§ 4º A declaração poderá ser assinada pelo Superintendente-Geral, por seu Chefe de Gabinete ou por outro servidor expressamente designado para essa finalidade pelo Superintendente-Geral, e ficará em posse da Superintendência-Geral ou do proponente, a critério do proponente.

§ 5º A critério do proponente, a declaração formalizada por escrito poderá conter apenas a hora, data e produtos ou serviços afetados pela prática a ser noticiada.

Art. 200. A proposta de celebração de acordo de leniência pode ser feita oralmente ou por escrito.

§ 1º A proposta receberá tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pelo Superintendente-Geral.

§ 2º Nos casos de proposta escrita, esta será autuada como sigilosa e nenhum de seus dados constará do sistema de gerenciamento de documentos do Cade.

Art. 201. A proposta oral dar-se-á em reunião sigilosa e observará o seguinte procedimento:

I – o proponente descreverá sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração, a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de uma descrição das informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

II – o proponente informará também sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira;

III – em cada reunião até que o acordo de leniência seja celebrado, será fixada a extensão da validade da proposta; e

IV – caso requerido, o Superintendente-Geral, o seu Chefe de Gabinete, ou servidor expressamente designado para essa finalidade, preparará termo com:

a) o conteúdo da reunião;

b) a informação a respeito do conhecimento prévio ou não da infração noticiada pela Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência; e

c) a indicação do prazo de extensão da validade da proposta, a ser mantido em posse da Superintendência-Geral ou do proponente, a critério do proponente.

Art. 202. A proposta escrita observará o seguinte procedimento:

I – o proponente deverá submeter a proposta ao Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral em um envelope lacrado e claramente identificado com os termos “Proposta de Acordo de Leniência” e “Acesso Restrito”;

II – o proponente apresentará sua qualificação completa e detalhará a infração noticiada, incluindo a identificação dos outros autores da infração,

a área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada, além de descrever as informações e documentos que serão apresentados por ocasião da assinatura do acordo de leniência;

III – a proposta deverá conter informação sobre outras propostas de acordo de leniência sobre a mesma prática apresentadas em outras jurisdições, desde que não haja vedação para tanto por parte da autoridade estrangeira; e

IV – no prazo de 10 (dez) dias da apresentação da proposta, a Superintendência-Geral manifestar-se-á a respeito de sua validade e do prazo para a assinatura do acordo de leniência ou para o aperfeiçoamento da proposta, se for o caso.

Parágrafo único. Caso requerido pelo proponente, a Superintendência-Geral emitirá um termo com a informação a respeito do conhecimento prévio ou não da infração noticiada pela Superintendência-Geral quando da propositura do acordo de leniência.

Art. 203. Ao apresentar a proposta, o proponente deverá declarar-se ciente de que:

I – foi orientado a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais;

II – foi orientado a fazer-se acompanhar de advogado;

III – o não atendimento às determinações da Superintendência-Geral, no tempo e modo consignados no termo, implicará a desistência da proposta; e

IV – é de seu interesse preservar o termo até ulterior decisão da Superintendência-Geral a respeito da proposta, sob pena de perecimento de direitos.

Art. 204. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo total de 6 (seis) meses, contados da data da apresentação da proposta.

§ 1º A critério da Superintendência-Geral, caso estejam presentes circunstâncias extraordinárias poderão ser concedidas extensões da validade da proposta que superem o prazo estabelecido no *caput*, mas o prazo total da negociação, contado da data apresentação da proposta, não poderá superar 1 (um) ano.

§ 2º Havendo outro proponente, a extensão da validade da proposta prevista no § 1º não será de ordinário estendida, a não ser que circunstâncias do caso o recomendem, a critério da autoridade.

Art. 205. Não importará em confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada a proposta de acordo de

leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 1º O proponente poderá desistir da proposta de acordo de leniência a qualquer momento antes da assinatura do respectivo instrumento de acordo.

§ 2º Caso o acordo não seja alcançado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente, não permanecendo qualquer cópia na Superintendência-Geral.

§ 3º As informações e documentos apresentados pelo proponente durante a negociação do acordo leniência subsequentemente frustrado não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.

§ 4º O disposto no § 3º não impedirá a abertura e o processamento de procedimento investigativo no âmbito da Superintendência-Geral para apurar fatos relacionados à proposta de acordo de leniência, quando a nova investigação decorrer de indícios ou provas autônomas que sejam levados ao conhecimento da autoridade por qualquer outro meio.

Art. 206. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivos tratamento de acesso restrito.

§ 1º O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento as seguintes cláusulas e condições:

I – qualificação completa dos signatários e de seus representantes legais, incluindo nome, denominação ou razão social, documento de identidade, CPF ou CNPJ, endereço completo, telefone, fax e correio eletrônico;

II – qualificação do representante legal com poderes para receber intimações durante o curso do processo administrativo;

III – indicação de fax e correio eletrônico onde as intimações poderão ser efetivadas;

IV – exposição dos fatos relativos à infração noticiada, com a identificação de seus autores, dos produtos ou serviços afetados, área geográfica afetada e duração da infração noticiada ou sob investigação;

V – confissão expressa da participação do signatário do acordo de leniência no ilícito;

VI – declaração do signatário do acordo de leniência de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação;

VII – lista com todos os documentos e informações fornecidos pelo signatário do acordo de leniência, com o intuito de comprovar a infração noticiada ou sob investigação;

VIII – obrigações do signatário do acordo de leniência:

a) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenham a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação;

b) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer novas informações, documentos ou outros materiais relevantes de que venham a ter conhecimento no curso das investigações;

c) apresentar todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais relacionados à prática relatada de que detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado pela Superintendência-Geral e por eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência no curso das investigações;

d) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pela Superintendência-Geral e eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência;

e) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada, proferida pelo Cade;

f) comunicar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência toda e qualquer alteração dos dados constantes no instrumento de acordo de leniência, inclusive os qualificadores; e

g) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

IX – disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo de leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções;

X – declaração da Superintendência-Geral de que o signatário do acordo de leniência foi o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, conforme o caso;

XI – declaração da Superintendência-Geral de que não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação do signatário do acordo de

leniência pela infração noticiada no momento da propositura do acordo de leniência;

XII – declaração da Superintendência-Geral a respeito de seu conhecimento prévio, ou não, sobre a infração noticiada, no momento da propositura do acordo de leniência; e

XIII – outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias.

§ 2º A Superintendência-Geral poderá requerer ao signatário do acordo de leniência a complementação da exposição dos fatos referida no inciso IV.

§ 3º Para fins do inciso XII, considerar-se-á que a Superintendência-Geral tem conhecimento prévio da infração noticiada quando, na ocasião da propositura do acordo de leniência, estiver em curso na Superintendência-Geral qualquer dos tipos processuais previstos na Lei n. 12.529, de 2011, a respeito da infração, tal qual noticiada pelo proponente.

Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.

§ 1º O Cade concederá tratamento de acesso restrito aos documentos e informações comercialmente sensíveis do signatário do acordo de leniência, observados os requisitos deste Regimento Interno e o direito de defesa dos demais representados no processo administrativo.

§ 2º O Cade notificará os representados no inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica ou no processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica relacionados à infração noticiada ou sob investigação de que:

I – o acesso ao acordo de leniência e a seus anexos, bem como a quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou a que o Cade atribua tratamento de acesso restrito, será concedido aos representados estritamente para fins de exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa no inquérito administrativo ou no processo administrativo em trâmite perante o Cade que tenha por objeto a infração de que trata o acordo de leniência; e

II – é vedada a divulgação ou o compartilhamento, total ou parcial, com outras pessoas físicas, jurídicas ou entes de outras jurisdições, do acordo de leniência e de seus anexos, bem como de quaisquer documentos apresentados pelo signatário do acordo de leniência ou que recebam tratamento de acesso restrito por parte do Cade, sendo que a desobediência desse de-

ver sujeitará os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

Art. 208. Uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, será decretada em favor do signatário do acordo de leniência:

I – a extinção da ação punitiva da administração pública, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II – nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa.

Parágrafo único. Nas duas hipóteses referidas acima, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de novembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 209. A pessoa jurídica ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de leniência com relação a uma determinada prática, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual a Superintendência-Geral não tenha qualquer conhecimento prévio.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, o signatário do acordo de leniência, uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, fará jus, na medida de sua cooperação com as investigações no processo administrativo original, à redução de um terço da pena aplicável neste processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o art. 201, I, e seu parágrafo único, em relação à nova infração denunciada.

Art. 210. Simultaneamente à conclusão do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, a Superintendência-Geral remeterá ao Tribunal os autos do acordo de leniência, com relatório circunstanciado a respeito do cumprimento das obrigações pelo signatário.

§ 1º Na avaliação do cumprimento das obrigações previstas no acordo de leniência por parte da Superintendência-Geral, esta considerará a colaboração individual de cada um dos signatários.

§ 2º Nos casos em que a Superintendência-Geral tiver conhecimento prévio da infração noticiada, os seguintes critérios serão observados para a recomendação ao Tribunal quanto ao percentual de redução das penas aplicáveis na seara administrativa:

I – importância das informações, documentos e provas apresentadas pelo signatário; e

II – efetividade da cooperação durante as investigações.

8 CONCLUSÕES

a) a corrupção é uma moléstia que precisa ser tratada com urgência, pela educação.

b) a Lei Anticorrupção tem por objetivo combater as práticas ilícitas pela desconsideração da personalidade jurídica das empresas fraudadoras.

c) o objetivo da lei é estimular a denúncia espontânea e a consequente obtenção de dados sobre o ilícito que, por outra via, demandariam custo e tempo de investigação.

d) a corrupção prejudica o desenvolvimento político e econômico.

e) a corrupção traz desigualdade e descrédito nas instituições públicas. Evitando-a, emergirá notório benefício para a sociedade.

f) talvez a informação e a divulgação da lei pelas empresas aos seus funcionários e colaboradores seja a semente para se começar a criar uma nova mentalidade social que seja avessa ao suborno, prevalecendo a legalidade e a transparência.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos – conceitos, significações e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O acordo de leniência da Lei Anticorrupção e o seu controle

Rafael Soares Souza¹

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apresentar alguns aspectos do funcionamento dos acordos de leniência no âmbito da Lei Federal n. 12.846/2013, apelidada de Lei Anticorrupção², no intuito de tentar estabelecer parâmetros para seu controle.

A missão da Lei Anticorrupção é fomentar um ambiente comercial saudável, transparente e competitivo nas relações com a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira. Para tanto, o diploma segue em parte a velha receita da repressão via sanção, que pode ser imposta tanto pela via administrativa como judicial. Simultaneamente, a Lei Anticorrupção inova ao criar um canal consensual para resolução da controvérsia, o denominado “acordo de leniência”.

Pelo acordo de leniência, infrator e administração resolvem o litígio mediante concessões e obrigações mútuas. É algo largamente utilizado nas recentes operações contra a corrupção, dentre elas, a famosa Lava Jato, movimentando bilhões de reais. Mas, quem dita os parâmetros de negociação? Há risco de contaminação por corrupção, de um acordo que visa debelar um caso de corrupção? A resposta a essas e muitas outras indagações passa pela compreensão do contexto que deu ensejo à Lei Anticorrupção, das razões que levaram à inclusão

1 **Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Juiz Federal vinculado ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região.**

2 A Lei n. 12.846/2013 é também conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (NASCIMENTO, 2014, p. 10); Lei da Improbidade Empresarial (FERRAZ, 2014, p. 35) ou ainda Lei da Empresa Limpa, de acordo com a nomenclatura adotada pela Controladoria-Geral da União.

do acordo de leniência, seu funcionamento e quais os *standards* de negociação disponíveis. Só de posse dessas informações é que se poderá avaliar as possibilidades de controle dos acordos de leniência.

2 O ESFORÇO INTERNACIONAL CONTRA A CORRUPÇÃO EMPRESARIAL E OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS PELO BRASIL

O primeiro marco legislativo a ser mencionado não é uma convenção, e sim o *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 – FCPA, a precursora no tema. Tal estatuto foi uma resposta ao escândalo *Watergate* e à descoberta de que milhões de dólares em suborno estavam sendo pagos por mais de quatrocentas empresas americanas, no exterior. O FCPA é direcionado contra duas atividades distintas: [i] pagamentos de qualquer natureza ou valor para agentes públicos estrangeiros no sentido de ajudar o pagador a obter vantagens negociais, como conseguir ou assegurar um contrato; [ii] omissão nos registros e escrituração empresariais ou sua incorreção sistemática (TRAUTMAN; ALTENBAUMER-PRICE, 2011). A lei é aplicável a uma vasta gama de sujeitos, como empresas públicas e privadas, cidadãos estadunidenses ou residentes naquele país, ou ainda qualquer pessoa que tenha participado da conduta ilícita.

O elemento de conexão que leva à aplicabilidade do FCPA pode ser mais ou menos evidente: por exemplo, o negócio ou parte dele ter sido celebrado em solo norte-americano, a empresa ter sede, filial ou subsidiária lá. Esse leque dilatado abrange “gigantes” de inúmeros setores, com negócios por todo o mundo (ESTADOS UNIDOS, DEPARTMENT OF JUSTICE, 2012). Com base no FCPA, os Estados Unidos arrecadaram US\$ 2,8 bilhões entre 2005 e 2010 em sede de acordos celebrados com empresas por práticas ilícitas no exterior, inclusive no Brasil – *Caso Chevron, United States/Brazil*³. Mas o caminho inverso também é possível, tendo sido noticiado que companhias brasileiras como a Petrobrás e Embraer estariam sendo investigadas com base no FCPA, por negócios nos Estados Unidos (HALLAKE; HARPER, 2015).

3 As cifras são astronômicas: “1. Siemens AG, Germany: US\$800 million in 2008. 2. KBR/Halliburton, United States: US\$579 million in 2009. 3. BAE, United Kingdom: US\$400 million in 2010. 4. Snamprogetti Netherlands B.V./ENI S.p.A: US\$365 million in 2010. 5. Technip S.A., France: US\$338 million in 2010. 6. Daimler AG, Germany: US\$185 million in 2010. 7. Baker Hughes, United States: US\$44.1 million in 2007. 8. Willbros, United States: US\$32.3 million in 2008. 9. Chevron, United States/Brazil: US\$30 million in 2007. 10. Titan Corporation, United States: US\$28.5 million in 2005”. Disponível em: <www.fcpablog.com/blog/2010/7/20/the-fcpas-top-ten.html>. Acesso em 10 out. 2015.

Pelos seus rigores, a FCPA tinha o potencial de colocar norte-americanas em desvantagens competitivas diante de concorrentes estrangeiras sujeitas a um regime jurídico mais indulgente. Em virtude disso, os Estados Unidos defenderam por muitos anos um documento internacional sobre o tema, o que veio a se tornar realidade com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. No Brasil, tal convenção foi internalizada pelo Decreto n. 3.678/2000 e motivou a alteração do Código Penal, incluindo o Capítulo II-A no Título XI intitulado “dos crimes praticados contra a administração pública estrangeira”, que antes eram fatos atípicos.

O segundo documento internacional é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que entrou em vigor em 2005, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.587/2006. São seus objetivos: [i] promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; [ii] promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; [iii] promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos [art. 1º]. Os Estados-partes comprometem-se a criar mecanismos e legislação apta a reprimir tais práticas ilícitas, organizadas em tópicos como setor público, setor privado e participação da sociedade. A legislação brasileira não acompanhou ainda a totalidade do texto convencional, tanto que não se tipificaram os crimes de “suborno no setor privado” e “malversação ou peculato de bens no setor privado” [arts. 21 e 22, respectivamente]. Já a “responsabilidade das pessoas jurídicas”, prevista no art. 26, deu ensejo à atual Lei Anticorrupção.

O terceiro documento internacional é de âmbito regional, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil, por meio do Decreto n. 4.410/2002. São suas metas promover e fortalecer o desenvolvimento de mecanismos para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, bem como a cooperação internacional nesse quesito [art. 1º]. Analogamente à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, há um repertório de instrumentos para repressão da corrupção, bem como enunciação de condutas a serem reprimidas [art. 6º].

Além das convenções internacionais, a legislação de cada país tem elevada importância, visto ser comum uma empresa possuir sede em um Estado e negócios em múltiplos países, gerando sua aplicação extraterritorial. É o caso do já mencionado FCPA, no Reino Unido, o *UK Bribery Act 2010*. A Lei Anticorrupção também

incide sobre atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que praticados no exterior [art. 28].

3 AS DIFICULDADES DA REPRESSÃO CRIMINAL DA CORRUPÇÃO EMPRESARIAL E A SOLUÇÃO ENCONTRADA PELA LEI ANTICORRUPÇÃO

Na teoria, **todos são contra a corrupção**; na prática, o ilícito é disseminado, de difícil detecção e combate. É simples: sob o ponto de vista estritamente finalístico, subornar um agente público – *bribery* – é uma estratégia eficiente, atraente para quem recebe a vantagem indevida e altamente lucrativa para o corruptor, que amealha em média um retorno dez vezes maior que a propina paga, por exemplo, obtendo a liberação alfandegária, angariando um contrato público, afastando concorrentes etc. (THE ECONOMIST, 2012).

Justamente por **funcionar** é que propinas são pagas de forma disseminada, independentemente da língua, continente ou cultura, havendo estimativas do Banco Mundial de que são pagos anualmente mais de um trilhão de dólares em propina, em todo o mundo (WORLD BANK INSTITUTE, 2014), com nada menos que quinze por cento das empresas multinacionais pesquisadas admitindo que o pagamento de suborno seria tolerável em certas circunstâncias (THE ECONOMIST, 2012).

Não obstante essas **vantagens** negociais ilícitas, a corrupção polui o ambiente de negócios, incentivando práticas anticompetitivas, distorção de preços, desvio de recursos e prioridades públicas. E a longo prazo, a corrupção é prejudicial para os próprios investidores e pessoa jurídica, pelo incremento do risco derivado de uma atmosfera de permissividade quanto a desvios corporativos (ESTADOS UNIDOS, DEPARTMENT OF JUSTICE, 2012).

Desde sempre no Brasil, corrupção é **caso de polícia**. Assim era no Código Criminal de 1830, que previa inúmeros delitos visando tutelar a moralidade da administração, como os de peita, suborno e concussão [arts. 130 a 136], o que foi replicado no Código Criminal de 1890 [arts. 214 a 219]; finalmente, o vigente Código Penal aprofundou tal tópico no Título XI – Dos crimes contra a administração pública, havendo ainda vasta legislação esparsa. Mas tipos penais à parte, a efetividade repressiva é mínima, sendo notória a ineficiência penal nesse campo específico, sendo que os crimes abstratamente previstos não se traduzem em condenações, tampouco em reparação do dano, esta, extremamente rara.

Há imensas dificuldades probatórias em se delimitar a responsabilidade individual e provar o dolo, ante a compartimentalização da cadeia de comando e execução. Para além disso, práticas ilícitas não são documentadas, reduzidas a termo ou publicizadas por motivos óbvios – não existe “recibo de propina”. A Lei Anticorrupção tenta superar as falhas dos métodos tradicionais de repressão mediante escolhas metodológicas cruciais.

A primeira é mirar exclusivamente nas pessoas jurídicas envolvidas em atos ilícitos, deixando de lado pessoas físicas. A inspiração é o art. 2º da Convenção da OCDE⁴ e o art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵. A escolha tem raízes pragmáticas: uma coisa é punir o diretor de uma sociedade anônima que praticou atos de corrupção – porém, seus efeitos, circunscritos àquela pessoa, são microscópicos e retrospectivos e, usualmente, a parte financeira é coberta por seguros; muito mais efetivo em termos macroscópicos e prospectivos, é impedir que o acionista dessa companhia se beneficie economicamente desse mesmo ato – ou proibir, de modo eficaz, que, no futuro, tal sociedade volte a ser instrumento para a prática de atos semelhantes, ainda que pelas mãos de outros diretores (MOREIRA; BAGATIN, 2014, p. 58).

Outra escolha relevante da Lei Anticorrupção foi adotar o regime de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas⁶, novamente por razões pragmáticas, como deixou clara a justificativa que acompanhou o anteprojeto, ao dizer que “[...] a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar

4 Artigo 2 – Responsabilidade de Pessoas Jurídicas.

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

5 Artigo 26 – Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

6 Durante o processo legislativo houve tentativa de abrandamento, criando uma hipótese de responsabilidade subjetiva, o que foi vetado (§ 2º do art. 19). Eis as razões: “Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica”. (BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013).

um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais” (BRASIL, **SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES, 2009**). Essa escolha legislativa, longe de ser uma extravagância tupiniquim, acompanha o recomendado pela Convenção Europeia sobre a Corrupção⁷.

Consoante art. 2º da Lei Anticorrupção, 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. O parâmetro, como se vê, é o do proveito/interesse, que já referendado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de responsabilidade penal da pessoa jurídica⁸. Mas há de se ter em conta que responsabilidade objetiva não se confunde com responsabilidade pela teoria do risco integral, que afasta excludentes como culpa exclusiva de terceiro, força maior ou caso fortuito. Significa dizer que se a pessoa jurídica provar, por exemplo, que o ilícito não decorreu da conduta de seus representantes ou lhe beneficiou de qualquer modo, não há falar em ilícito; igualmente, caso faça prova de que o ato de corrupção foi praticado, por pessoa física, fora do contexto da atividade empresária e sem benefício da entidade, não

7 *Article 18 – Corporate liability*

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:

– a power of representation of the legal person; or

– an authority to take decisions on behalf of the legal person; or

– an authority to exercise control within the legal person; as well as for involvement of such a natural person as accessory or instigator in the abovementioned offences.

2 Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.

3 Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to, the criminal offences mentioned in paragraph 1. (CONSELHO DA EUROPA, 1999).

8 De acordo com o voto da Relatora: “Não será qualquer atuação de qualquer dos indivíduos ou unidades vinculadas à empresa que poderá acarretar a atribuição do fato lesivo à pessoa jurídica; indispensável que a pessoa, indivíduos ou unidades participantes do processo de deliberação ou da execução do ato estivessem a atuar de acordo com os padrões e objetivos da empresa, ou seja, estivessem a cumprir com suas funções e atividades ordinárias definidas expressa ou implicitamente pelo corpo social com vista a atender o objetivo da atividade econômica organizada. O fato deve ter se realizado em nome ou sob o amparo da representação social: “prevalece el punto de vista que considera suficiente que el comportamiento sea cometido al amparo de la representación social, pues de lo contrario la responsabilidad de la persona jurídica quedaría diluida ante hipótesis formales de extralimitación estatutaria.” (RIGHI, 2000, p. 143). Para além disso, necessário que a infração seja cometida no interesse ou benefício da entidade de modo a afastar a possibilidade de atribuição do fato ilícito ao ente moral se o indivíduo ou órgão interno responsável pelo ato tenha atuado unicamente para satisfação de interesse próprio, em busca de vantagem unicamente pessoal, ou ainda em detrimento consciente dos interesses e fins da empresa”. (BRASIL, STF, RE n. 548.181).

há que se cogitar de responsabilização (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 16) – parâmetro do proveito/interesse.

4 REFLEXOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO: O FOMENTO AO COMPLIANCE

A Lei Anticorrupção estabelece dois grandes grupos de sanções, que são cumulativas com aquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Licitações e Contratos Administrativos [art. 30], a saber:

– Sanções aplicáveis via **responsabilização administrativa**: [i] multa, no valor de um décimo por cento a 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 (art. 6º);

– Sanções aplicáveis via **responsabilização judicial**: [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 um e máximo de cinco anos [art. 19].

Como visto, a Lei Anticorrupção concentra forças no direito sancionador, fora dos rigores jurídicos do Direito Penal. Isso, aliado à concentração da responsabilização das empresas e ao regime de responsabilidade objetiva, dinamiza a repressão de malfeitos. Aqui, não há falar em um peso meramente simbólico da sanção; essa tem razoáveis chances de ser aplicada.

Um fruto esperado da maior eficiência sancionatória é o rompimento da lógica de vantagem a todo custo, a famigerada “Lei de Gerson”, pelo incremento do risco. Da mesma forma que uma empresa precisa tomar medidas preventivas com relação à poluição ambiental, prevenção de acidentes de trabalho e de danos aos consumidores – três casos clássicos de responsabilidade objetiva – deverá, a partir de agora, levar em conta a prevenção à corrupção, evitando ser responsabilizada por condutas indevidas de seus agentes⁹ – o *compliance*.

9 “[...] a responsabilidade objetiva induz mudança de comportamento das empresas, pois o quadro de insegurança é muito maior para aquelas que não definem rígidos padrões de conduta e que ignoram seu papel de

O incentivo ao *compliance* aparece na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção¹⁰ e no Brasil é regulamentado pelo Decreto n. 8.420/2015, o denominado *Programa de Integridade*. No Reino Unido, onde há mais tradição no assunto, já se fala em *compliance industry*, com um amplo leque de serviços de auditoria, avisos e controle interno (TRAUTMAN; ALTENBAUMER-PRICE, 2013, p. 511-513). É de se esperar que, em algum grau, o mesmo se repita no Brasil, com o florescimento de um mercado equivalente.

O Programa de Integridade é evidentemente ambicioso, almejando impor uma mudança cultural de dentro para fora, **funcionalizando** as pessoas jurídicas em prol do combate à corrupção. Entrementes, a Lei Anticorrupção peca pela falta de arrojo: para além de *marketing* positivo, a empresa que mantém programas de integridade ganha em troca apenas um atenuante na dosimetria de sanções contra elas aplicadas [art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção]. Na já mencionada Convenção Europeia sobre a Corrupção, a pessoa jurídica pode ser sancionada por não ter criado mecanismos internos preventivos aptos a evitar práticas ilícitas em seu seio [art. 18, *corporate liability*]¹¹.

orientar, controlar e, eventualmente, punir os atos de seus funcionários. E, se o grau de insegurança é maior nesses casos, a menor probabilidade da ocorrência de desvios coloca finalmente as empresas que procedem de forma correta e preventiva em vantagem, alterando-se assim o cálculo da escolha, que antes pendia para o caminho errado frente a um cenário de impunidade e ausência em se fazer o correto" (CAPANEMA; 2014, p. 21).

10 Artigo 12 – Setor Privado

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas.

2. As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em:

a) Promover a cooperação entre os organismos encarregados de fazer cumprir a lei e as entidades privadas pertinentes;

b) Promover a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado;

c) Promover a transparência entre entidades privadas, incluídas, quando proceder, medidas relativas à identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão de empresas;

[...]

11 Article 18 – Corporate liability

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:

– a power of representation of the legal person; or

– an authority to take decisions on behalf of the legal person; or

– an authority to exercise control within the legal person; as well as for involvement of such a natural person as

5 O ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Nosso sistema jurídico possui previsões setoriais dentro do que se convencionou chamar de “acordos substitutivos de sanções”. Há inúmeros espécimes, como o acordo de leniência na legislação antitruste [art. 86 da Lei 12.529/2011], o termo de ajustamento de conduta previsto no art. 5º da Lei n. 7.347/1985, o termo de compromisso da Lei da Comissão de Valores Mobiliários [art. 11, §§ 5º, 6º, 7º e 8º da Lei n. 6.385/1976], ou ainda, no setor de saúde suplementar, a Agência Nacional de Saúde Suplementar recebeu competência expressa para firmar termo de compromisso de ajuste de conduta [arts. 4º, XXXIX, da Lei n. 9.961/2000, e 29 e 29A da Lei n. 9.656/1998] etc.

Há quem defenda a inconstitucionalidade do acordo de leniência, por condicionar sua adesão à colaboração do infrator nas investigações¹². O argumento não impressiona. É que o direito a não se auto-incriminar é disponível, tanto que réus há décadas vem confessando crimes em troca de atenuação da pena [art. 65, III, “d” do Código Penal]. E, mais recentemente, a colaboração premiada vem sendo largamente utilizada no processo penal [12.850/2013, art. 4º]¹³. Outra faceta é que o acordo de leniência é um expediente negocial, facultativo, cujas vantagens e desvantagens deverão ser sopesadas pelo interessado e administra-

accessory or instigator in the abovementioned offences.

2 Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of the criminal offences mentioned in paragraph 1 for the benefit of that legal person by a natural person under its authority.

3 Liability of a legal person under paragraphs 1 and 2 shall not exclude criminal proceedings against natural persons who are perpetrators, instigators of, or accessories to, the criminal offences mentioned in paragraph 1. (CONSELHO DA EUROPA, 1999).

- 12 “A previsão da celebração do acordo de leniência previsto no art. 16 do referido diploma se configura como uma típica hipótese de acordo substitutivo. Tal disciplina, contudo, ao prever confissão obrigatória do acusado, se encontra maculada **pela pecha da inconstitucionalidade**, por violação ao art. 5º, inc. LXIII, da Constituição da República e do art. 14, 3, “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário” (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 27).
- 13 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
 - I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 - II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 - III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 - IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 - V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

ção. Consentâneo com tal pensamento, a Lei Anticorrupção preconiza que não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada [art. 16, § 7º].

Tais negócios jurídicos substituem as sanções na medida em que a punição será abrandada proporcionalmente à colaboração do investigado ou será até mesmo evitada. Parte-se de uma visão funcional das sanções, pois estas existem como instrumentos de regulação e não como fins em si mesmas. Como os mesmos propósitos de repressão de condutas e reparação do dano são atingíveis de modo mais rápido, barato e previsível com a utilização de meios negociais, acordos substitutivos de sanções são crescentemente utilizados (SUNDFELD; CÂMARA, 2011).

Nessa conjuntura, o acordo de leniência é um incentivo em sentido contrário àquela que usualmente orienta quem praticou o ilícito ou tem conhecimento da sua prática. Como o risco de ser apanhado e sancionado é inerente ao ilícito, o acordo de leniência tenta inverter a lógica daquele que se envolveu na conduta indevida. Estimula o fornecimento de informações que permitam que a prática seja combatida, encerrada e sancionada, afastando parcela das sanções que incidiram sobre quem dela participou, mas decidiu colaborar por meio do fornecimento dos dados (MOREIRA; BAGATIN, 2014, p. 74-75).

5.1 PARTES

A Lei Anticorrupção abarca condutas contra a administração pública nacional ou estrangeira, atribuindo competência para celebrar o acordo de leniência à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública prejudicada [art. 1º e 16]. No âmbito federal, é a Controladoria-Geral da União competente para celebrar tais acordos quando envolver tanto a União como a administração estrangeira [art. 16, § 10]. Do lado oposto, figuram pessoas jurídicas, 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. 1º, parágrafo único da Lei Anticorrupção]; em sendo bem sucedida a negociação, elas serão consideradas **colaboradoras**. Dois pontos precisam ser sublinhados.

A primeiro é que o acordo de leniência abrange apenas pessoas jurídicas. O equivalente à leniência, no âmbito criminal, é o acordo de delação premiada,

meio de prova com escopo semelhante: elucidação dos fatos, prevenção de infrações semelhantes e recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime obtido pela organização criminosa [art. 4º da Lei 12.850/2013].

O segundo é que o Ministério Público não é previsto na Lei Anticorrupção como parte ou interveniente na celebração do acordo de leniência, o que é uma omissão lamentável. De modo a contornar essa falha, vem-se fazendo uma interpretação sistemática, ao argumento de que a corrupção empresarial é um fenômeno com reflexos em inúmeras instâncias paralelas, que se sobrepõem e se confundem. Por detrás de cada sociedade infratora há sempre pessoas físicas que não raro estão respondendo criminalmente pelos mesmos fatos. No caso do acordo de leniência das **operações Greenfield, Sépsis, Cui Bono e Carne Fraca**, celebrado em 5/6/2017, o Ministério Público Federal celebrou o acordo como parte (BRASIL, MPF, 2017; THE ECONOMIST, 2012), o mesmo se passando com alguns dos acordos celebrados no âmbito da Operação Lava Jato; mais recentemente, no caso de um acordo celebrado com agências de publicidade, houve participação do Ministério Público na qualidade de interveniente (BRASIL, AGU, 2018; THE ECONOMIST, 2012).

Como é perceptível, a controvérsia ainda não está fechada e por ora não gerou maiores danos por não ser do interesse do colaborador ou da administração levantar obstáculos. Mas é fato que, infelizmente, a falta de coordenação entre os órgãos depõe contra a segurança jurídica do acordo e diminui sua atratividade. O mais recomendável seria um diálogo institucional entre as diferentes instâncias de controle, de sorte que o acordo de leniência pudesse abranger o máximo de aspectos possíveis, tanto a responsabilização da sociedade empresária, quanto o aspecto concorrencial, de reparação do dano, e, no caso de pessoas físicas, de colaboração premiada; sendo **abordagem transversal e plurissubjetiva da leniência**, no intuito de lhe assegurar a máxima efetividade.

5.2 ILÍCITOS ABRANGIDOS

De acordo com o art. 5º da Lei Anticorrupção, são lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A seguir, lista-se um conjunto condutas a serem reprimidas, que podem ser agrupadas em: [i] promessa, oferta ou entrega de vantagem indevida; [ii] uso de intermediários para ocultar

ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; [iii] licitações, frustrar o caráter competitivo da licitação, fraudando-a, usando expedientes ilícitos para afastar licitantes; e [iv] contratos com a administração, a obtenção fraudulenta de prorrogações contratuais, manipular o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou ainda dificultar a investigação e fiscalização dos órgãos de controle. Deve ser incluído neste rol a possibilidade de se celebrar acordo de leniência para alguns ilícitos contratuais previstos na Lei 8.666/93, de modo a isentar ou atenuar as sanções administrativas [art. 17].

5.3 O CONTEÚDO DO ACORDO E SUA NEGOCIAÇÃO

Em termos procedimentais, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública pode compor com a pessoa jurídica envolvida, desde que ela colabore com as investigações e processo administrativo, resultando dessa avença dois resultados finalísticos: identificação dos demais envolvidos + obtenção de informações e documentos que comprovem o ilícito. Há outros requisitos: [i] ser a primeira a manifestar interesse em cooperar; [ii] cessar sua participação no ilícito; [iii] cooperação plena e permanente, comparecendo sempre que chamada [art. 16].

Os prós para a pessoa jurídica são: [i] redução das sanções, como abrandamento da multa em até 2/3; [ii] manutenção da possibilidade de recebimento de incentivos, subsídios, empréstimos estatais; [iii] dispensa de publicação da decisão condenatória, tudo isso, sem prejuízo da reparação do dano, que não é uma cláusula necessária, mas bastante usual.

Possivelmente a maior vantagem não está na lei: nada como uma investigação para afugentar parceiros, clientes e investidores. Isso é especialmente delicado em sociedades anônimas de capital aberto. Por exemplo, levantamento feito nos Estados Unidos constatou que a mera notícia de investigação derriba o valor de mercado de uma empresa em nove por cento, em média (THE ECONOMIST, 2012). Sensível que o fator discricionário é um facilitador na celebração de acordos de leniência, a Lei Anticorrupção prevê o sigilo até a celebração do acordo [art. 16, § 6^o].

Acerca da decisão de aderir e negociar as melhores condições, sempre haverá no princípio uma grande distância entre as intenções do Poder Público e do infrator, cada um buscando realizar o máximo de seus respectivos interesses. Gradualmente, com a aproximação das partes e seguidas rodadas de negociação, as incertezas vão se amenizando e um acordo é desenhado. De todo modo, a de-

cisão de aderir a um acordo de leniência é um passo que exigirá sempre muita reflexão, avaliação de riscos e potenciais efeitos colaterais. Na Lei Anticorrupção, o acordo cobre apenas pessoas jurídicas e, pior, não exclui as competências de outros órgãos de controle, como o Cade, não interfere no seguimento de eventuais ações penais contra dirigentes e tampouco influencia no trâmite das ações de improbidade administrativa [art. 29].

Também não é difícil imaginar cenários nos quais a empresa adira ao acordo, colabore com as investigações, e com isso, forneça elementos incriminadores contra pessoas físicas a ela ligadas, que virão a ser processadas com base em tais provas. Ainda dentro da esfera societária, o administrador da pessoa jurídica que não aderir ao acordo de leniência poderá comprometer o futuro da entidade como um todo, sujeitando-se a ações cíveis de regresso por parte da companhia ou acionistas, consoante art. 159 da Lei 6.404/1976¹⁴. À toda evidência, poderá surgir um conflito de interesses que recomende ou mesmo force a troca dos dirigentes mais diretamente envolvidos com os fatos.

Dentro desse campo minado, melhor seria se a legislação tivesse seguido o exemplo do Sistema Brasileiro de Concorrência [Lei 12.529/2011], segundo o qual as pessoas físicas podem fazer o acordo de leniência e, acrescenta, os efeitos de tal acordo espriam-se para a seara penal¹⁵. Tal medida garante maior segurança para os envolvidos, minimiza os riscos e, conseqüentemente, atenderia melhor às finalidades da nova legislação.

14 Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

15 Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional.

Mas, como dosar as vantagens para o colaborador? Como compatibilizar as finalidades preventivas e repressivas da Lei Anticorrupção sem, no entanto, inviabilizar a empresa infratora ou, no outro extremo, ser por demais complacente?

A Lei Anticorrupção traz um quadro geral de vantagens para o colaborador, mas deixa livre para que a autoridade negocie, caso a caso. Foi uma escolha acertada, pois o estabelecimento “fechado” de todos os pormenores num ato normativo engessaria o instituto, tolhendo excessivamente a autonomia do órgão público envolvido; ali não haveria acordo e sim, mera adesão a um preceito legal, não tardando para que pessoas mal-intencionadas absorvessem e internalizassem esse novo “risco do negócio”, esvaziando completamente o instituto. Ademais, a complexidade comum a esse tipo de negociação exige, para que tenha alguma chance de sucesso, um espaço de manobra para evitar o *all or nothing*.

6 PARTICIPAÇÃO E CONTROLE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

De acordo com Di Pietro (2011, p. 735), a finalidade do controle é a de assegurar que a administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle do mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Como qualquer ato do qual tenha participado a administração, um acordo de leniência é passível de controle, afinal, prestar contas – *accountability* – é fundamental nas democracias modernas e um direito do cidadão. Resta saber como os diversos tipos de controle são – ou não – aplicáveis aos acordos de leniência.

Em primeiro lugar, é necessário qualificar juridicamente o que é um acordo de leniência. O texto já deixou pistas, ao mencionar acordo de vontades, partes e negociação; trata-se de um contrato, o que se adequa perfeitamente ao conceito de contrato previsto na Lei 8.666/93, segundo o qual aquele é qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada [art. 2º].

Visto isso, resta saber quais as possibilidades de controle do acordo de

nal e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

leniência. Para começar, é preciso ter em conta que cada acordo é precedido de um procedimento administrativo sigiloso que corre em sigilo até sua conclusão: fechado o acordo, ele é reduzido a termo, assinado e divulgado; fracassadas as negociações, os documentos são devolvidos à pessoa jurídica e nada do que foi discutido, tampouco o interesse no acordo, será utilizado em seu desfavor [art. 31, § 1º do Decreto 8.420/2015 e art. 16, § 7º da Lei Anticorrupção]. A medida é salutar, pois nessa fase de negociação haverá a circulação de informação sensível que, uma vez divulgada, poderia não só prejudicar a pessoa jurídica como também o andamento das investigações em curso. Anote-se, no entanto, que se eventualmente tomarem parte no acordo, ainda que como intervenientes, órgãos como o Tribunal de Contas e Ministério Público, a eles é estendido o dever de sigilo. Essa mecânica traz inúmeras consequências no quesito controle.

Acerca do **controle administrativo**, interno, por se tratar de um procedimento consensual, não há possibilidade de recurso pela simples razão de não haver do que recorrer. Na leniência, não há uma decisão administrativa adjudicando uma solução: ou o colaborador e administração chegam a um acordo e isso é convertido em acordo, ou as negociações fracassam e o procedimento é encerrado; não há do que recorrer até por **não haver direito adquirido a um acordo**. Não há espaço para controle administrativo, com recursos hierárquicos ou reclamações. Isso só seria possível quanto a temas laterais, como o afastamento de determinado agente público da mesa de negociações, por ser parcial ou estar agindo com abuso de poder.

No que diz respeito ao **controle social**, este é dificultado pela mencionada natureza sigilosa da negociação prévia, que não conta com a participação de terceiros. A publicidade é relativizada em inúmeras situações, inclusive, prevalecendo o princípio da confidencialidade na conciliação e mediação comuns [art. 166 do CPC]. E a leniência persegue informações para completa elucidação de práticas ilícitas, por vezes com repercussões criminais, o que justifica o sigilo. Neste caso, o controle social é postergado para depois de assinado o acordo de leniência, sendo vedada qualquer interferência anterior, sob pena de inutilização do instituto.

Passando ao controle externo, o **controle financeiro com auxílio dos tribunais de contas** pode incidir sobre a legalidade, legitimidade, controle da economicidade dos atos da administração (art. 70 da Constituição). Pela Lei Anticorrupção, os tribunais de contas não participam da celebração de acordo de leniência. É que isso poderia importar em confusão entre órgão de controle

e setor controlado, o que poderia ocorrer, por exemplo, se as cortes de contas fossem chamadas a emitir pareceres sobre as minutas do acordo. Considerando a natureza contratual do acordo de leniência, não parece haver como retirar dos tribunais de contas a atribuição para fiscalizar tais acordos, por mais inconveniente que isso possa parecer na prática.

Na mesma linha do anterior, o **controle judicial** é plenamente viável. Como todo contrato, um acordo de leniência pode ser discutido judicialmente, por exemplo, ao argumento de vícios como erro, dolo, coação e fraude, a depender das peculiaridades do caso concreto. Logicamente, não se pode considerar como viciada a manifestação de vontade no sentido de aderir ao acordo pela simples possibilidade de aplicação de sanções ao colaborador, acaso não aceite a proposta da administração. Na prática, pela forma demorada e extremamente cautelosa com que negociações precedentes à leniência são feitas, é difícil imaginar a ocorrência de vícios dessa natureza e, do lado da administração, não há motivo para se recorrer ao Judiciário na hipótese de descumprimento do acordo, haja vista o seu poder-dever de rescindi-lo.

Se para os contratantes não parece haver interesse em discutir judicialmente o acordo de leniência, terceiros podem entender de forma diferente. É factível o uso de ações populares para se opor a acordos de leniência sob o argumento de potencial lesividade aos cofres públicos, por exemplo, defendendo que as vantagens deferidas ao colaborador foram demasiadas. Como se sabe, para ser autor popular basta ser eleitor e, como este não integra a mesa de negociações diretamente, não é atingido pelo efeito vinculante do acordo. Segundo esse tipo de argumento, até o Ministério Público, que não tomou parte do acordo, poderia tentar invalidá-lo em juízo, exercendo a fatia que lhe cabe no controle externo da administração.

O tema é complexo e, levado às últimas consequências, retiraria a segurança jurídica de todo acordo de leniência. Felizmente, na prática, a falta de *standards* jurídicos, o caráter técnico da matéria e sua complexidade confabulam para a preservação do negociado. Não obstante ser completamente legítima a intervenção do Judiciário no controle dos atos da administração em geral, remanesçam uns poucos “rincões de imunidade” ao controle judicial, a exemplo de atos discricionários, como reconhece Enterría (2010, p. 56); o contrário inutilizaria o potencial de qualquer tipo de acordo administrativo, pois estar-se-ia permitindo que os critérios do administrador fossem substituídos pelos do juiz.

7 CONCLUSÃO

Mais que uma questão doméstica, combater a corrupção empresarial é um compromisso internacional que o Brasil precisa honrar. A Lei Anticorrupção aborda o assunto de forma inovadora, voltando-se para mecanismos profiláticos de integridade empresarial dentro das pessoas jurídicas; simultaneamente, instrumentos repressivos foram redesenhados e aprimorados, de modo a tornar mais atrativa a solução consensual, via acordo de leniência. Muito embora seja necessário tempo e prática administrativa para a sedimentação dos novos institutos, a Lei Anticorrupção é um convite para que os gestores privados façam parte de um ambiente de negócios mais saudável, ao mesmo tempo em que faz florescer um inédito campo de consultoria em *compliance* empresarial. Todavia, reconhece-se que algumas escolhas legislativas tem o potencial de criar desentendimentos entre os os órgãos envolvidos, notadamente no âmbito do controle, gerando insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Leniência: agências de publicidade que pagaram propina devolverão R\$ 53 milhões. *AGU*, Brasília, 16 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/noticia/leniencia-agencias-de-publicidade-que-pagaram-propina-devolve-rao-r-53-milhoes--657810>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. *Operação Carne Fraca*: acordo de leniência. Brasília, 5 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Presidência da República. *Mensagem n. 314, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 548.181*, Primeira Turma. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 6 de janeiro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. **Subchefia de Assuntos Parlamentares**. *EMI N. 00011 2009 - CGU/MJ/AGU*, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei n. 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-28.

CONSELHO DA EUROPA. *Criminal law convention on corruption*. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

CRESPO, Eduardo Demetrio (Org.). Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas essenciais – direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26-56.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução de: Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 107 p.

ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. Disponível em: <www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml>. Acesso em: 11 abr. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da Responsabilização Administrativa e Civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei n. 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

HALLAKE, Marcello; HARPER, Michael. EUA de olho nas empresas brasileiras. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 3 nov. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/11/1700820-eua-de-olho-nas-empresas-brasileiras.shtml>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei n. 12.846/2013 (Lei anticorrupção). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 44, p. 9-21, jan./mar. 2014.

RIGHI, Estaban. *Los delitos económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=73323>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

THE ECONOMIST. *You get who you pay for*. London, 2 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21556255>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

TRAUTMAN, Lawrence J.; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. Lawyers, Guns and Money – The Bribery Problem and U.K. Bribery Act. *The International Lawyer*, New York, n. 481, p.511-513, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2276738>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. *The foreign corrupt practices act: minefield for directors*. Virginia Law & Business Review, Virginia, no. 1, jan. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1930190>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

WORLD BANK INSTITUTE. *The costs of corruption*, 2004. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE//0,,contentMDK:20190187~menuPK:34457~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>>. Acesso em: 11 abr. 2018.



ACESSE AS PUBLICAÇÕES DO CEJ

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
DIVISÃO DE EDITORAÇÃO
SETOR DE CLUBES ESPORTIVOS SUL
TRECHO 3, POLO 8, LOTE 9, 2º ANDAR, SALA 221
CEP 70200-003 BRASÍLIA-DF
TEL.: (0xx61) 3022.7285
WWW.CJF.JUS.BR
EDITORACAO@CJF.JUS.BR