

COMENTÁRIOS À LEI 12.846/2013

DIRETIVAS SOBRE
O PROGRAMA DE
COMPLIANCE

Marcelo Barreto de Araújo



COMENTÁRIOS À LEI 12.846/2013 DIRETIVAS SOBRE O PROGRAMA DE COMPLIANCE

Rio de Janeiro, 2016

COMENTÁRIOS À LEI 12.846/2013 | DIRETIVAS SOBRE O PROGRAMA DE COMPLIANCE

Presidente: Antonio Oliveira Santos

Chefe do Gabinete da Presidência: Lenoura Schmidt

Setembro, 2016

Consultoria Jurídica da Presidência (CJP): cjp@cnc.org.br

Redação: Marcelo Barreto de Araújo

Projeto Gráfico e diagramação: Marcelo Vital - Programação Visual/Ascom

Revisão: Luciene Gonçalves (Ascom) e Lívia Campos

Impressão: Imos Gráfica e Editora

A663

Araújo, Marcelo Barreto de

Comentários à Lei 12.846/2013 : diretivas sobre o programa de compliance / Marcelo Barreto de Araújo. – Rio de Janeiro : Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016.

114 p. ; 21 cm.

1. Direito Administrativo. I. Título.

CDD 341.3

CNC - RIO DE JANEIRO

Av. General Justo, 307 CEP: 20021-130
PABX: (21) 3804-9200

CNC - BRASÍLIA

SBN Quadra 1 Bl. B - nº 14 CEP: 70041-902
PABX: (61) 3329-9500/3329-9501

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. O CONCEITO DE CORRUPÇÃO	9
3. SOBRE OS CUSTOS DA CORRUPÇÃO.....	13
4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NO BRASIL	15
5. A LEI 12.846/2013 E SUAS ORIGENS NO DIREITO INTERNACIONAL	25
6. SOBRE O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	31
7. ASPECTOS ESTRUTURAIS DA LEI 12.846/2013.....	40
8. DO ACORDO DE LENIÊNCIA E SUAS VANTAGENS	66
9. O PROGRAMA DE COMPLIANCE. SEUS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS. ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA S EMPRESAS	70
10. O DECRETO 8.420, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – REGULAMENTAÇÃO DA LEI 12.846/2013.....	90
11 . ATOS NORMATIVOS DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO.....	101
12. QUESTÕES LEVANTADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015.....	103
13. CONCLUSÃO – PROJETOS DE LEI EM ANDAMENTO..	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, entrou em vigor a partir do dia 29 de janeiro de 2014. Ela prevê a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas em face da prática de determinados atos ilícitos que a própria lei define e estabelece suas respectivas sanções, sempre que essa responsabilidade for constatada mediante investigação administrativa ou judicial.

Em tempos atuais, a corrupção é reconhecida como um fenômeno transnacional, pois irradia seus efeitos com tal amplitude que nenhum país, em maior ou menor grau, escapa de suas nefastas consequências. A preocupação crescente sobre o assunto levou uma organização chamada Transparência Internacional a mapear, desde o ano de 1995, as vulnerabilidades de cada país, publicando o chamado Índice de Percepção da Corrupção, com uma pontuação de 0 (zero) a 10, em que 0 (zero) representa um país altamente corrupto e 10 representa um país com alto grau de transparência. Infelizmente, em levantamento feito em 2014, o Brasil aparece nesse ranking na 69ª posição.¹

A corrupção deve ser entendida como um fenômeno presente na humanidade desde as mais remotas épocas, a ser combatido com persistência ao longo do tempo. Ainda na Antiguidade, já dizia Confúcio que “só depois de 100 anos de governo e de bons soberanos, poderemos acabar com os crimes de corrupção e com a pena de morte”. E há aqueles que, como o ex-primeiro ministro britânico Benjamim Disraeli, acreditavam que a Lei nunca seria suficiente para combater as fraquezas humanas. Disse ele: “Quando os homens são honestos, as leis são desnecessárias; quando os homens são corruptos, as leis são violadas”. E muitos se convenceram de que, por mais intenso que seja, o combate à corrupção não chegará ao

1 PETRELLUZZI, Marco Vinicio e RIZEK JUNIOR, Rubens. *Lei Anticorrupção – Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 22.

ponto de pretender eliminá-la inteiramente, pois isso seria “transcender a condição humana”.² Talvez venha dessa nossa fraqueza o comentário jocoso do economista Gil Castelo Branco (*O Globo* de 17/03/2015) de que só a criação do Universo, anterior ao surgimento do homem, foi a única obra segura e sem suspeitas, apesar de feita sem licitação.

Cada país saberá explicar as raízes de sua própria corrupção. No Brasil, todos os historiadores admitem que essas raízes remontam ao Brasil Colonial. Começou no tempo das Capitanias Hereditárias, em que praticamente inexistiam as fronteiras entre o patrimônio público e o patrimônio privado, e continuou também no período do chamado Governo Geral, criado em 1548, quando a corrupção também encontrou campo fértil para se desenvolver. Serviu de meio, por exemplo, para driblar os frequentes entraves burocráticos que dificultavam uma simples obtenção de licença ou concessão, necessária ao funcionamento de quase todas as atividades econômicas no Brasil, e que eram outorgadas exclusivamente pela Metrópole. Também a corrupção foi utilizada para superar outros obstáculos judiciais e administrativos da Colônia, tais como superposição de normas (em razão da balbúrdia provocada por um emaranhado de leis desarmônicas e conflitantes), venalidade de magistrados (alguns juízes, inclusive, cumulavam suas funções com a de negociantes) e ainda coexistência das mesmas atribuições entre os diferentes órgãos do Estado, o que gerava constantes obstáculos na relação entre a Administração Pública e a população do País. Infelizmente, e por tais razões, a corrupção ganhou os conhecidos contornos do “toma lá, dá cá”, instrumento utilizado apenas pelos mais aquinhoados para obter favores que não estavam ao alcance dos desafortunados.

Não foram poucos os estudiosos que se dedicaram a essa matéria, tais como Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freire e Raimundo Faoro, cujas pesquisas muito contribuíram para que hoje pudéssemos entender o fenômeno histórico da corrupção no Brasil. Vários de seus relatos mereceriam ser aqui citados. No entanto, optamos por invocar um antigo trecho literário que sintetiza muito bem o ambiente das mazelas coloniais: trata-se do breve e pitoresco comentário de um padre, o famoso Padre Antonio Vieira, conhecido pelos seus sermões, sendo um deles o chamado *Sermão do Bom Ladrão*, uma nítida e saborosa ironia ao relato bíblico do bom e do mau ladrão. Ele se referia, de um lado, aos dirigentes e funcionários públicos privilegiados da época colonial, os quais

2 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby e NASCIMENTO, Melilo Dinis do. *Lei Anticorrupção Empresarial – Aspectos Críticos à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

notoriamente abusavam do poder, corrompiam e roubavam à vontade, com a certeza da impunidade, enquanto os menos favorecidos, os que chamaríamos hoje de “ladrões de galinha”, sofriam os rigores impiedosos da Lei.

Apreciemos a graça de sua narrativa:

“Não são só os ladrões os que cortam bolsas, ou espreitam os que vão se banhar, para lhes colher as roupas. Os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias ou a administração das cidades, os quais, ora com manha, ora com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu próprio risco; estes furtam sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados, mas estes furtam e também enforcam.

Perde-se o Brasil, Senhor. Porque alguns ministros de Sua Majestade não vêm cá buscar o nosso bem, vem cá buscar nossos bens.”³

3 COSTA, Helena Regina Lobo da. “Temas de Anticorrupção & Compliance”. In: DEBBIO, Alessandra del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). *Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 15.

2.

O CONCEITO DE CORRUPÇÃO

A corrupção assume conotações e matizes dos mais variados em diferentes partes do mundo. Pode ser ela abordada de maneira distinta, pois terá uma perspectiva ora meramente jurídica, ora econômica, ora cultural, ora política e assim por diante, assumindo uma pluralidade de significados. Nesse contexto, temos, a partir daí, uma certa tipologia, na qual podemos citar como exemplos a corrupção individual, de caráter esporádico e não abrangente; a corrupção sistêmica, de caráter estrutural, que se torna um aspecto integrado e essencial ao sistema econômico social e político de um país ou região; a corrupção moral; e, do ponto de vista estritamente jurídico, a corrupção violadora da Lei. A corrupção moral será maior do que a jurídica, pois aspectos imorais ou antiéticos nem sempre representam ofensa à Lei e vicejam numa sociedade em um ambiente de tolerância ou de controvérsia em relação ao que seja certo ou errado.

A partir daí, é possível entender-se a atual tendência, tanto no plano nacional como no internacional, de se legislar sobre aspectos de moralidade. Claramente se observa que a transmutação de regras meramente morais e culturais em normas jurídicas traduz a descrença coletiva sobre a deterioração do comportamento humano e sobre a necessidade de se punirem condutas que antes eram praticadas à margem da Lei.

No contexto do combate à corrupção, essa incorporação legal de normas morais tem direta relação com uma agenda contemporânea de introdução de instrumentos adequados de governança capazes de garantirem o denominado “direito à boa administração”, que se realiza mediante o respeito a padrões éticos, à eficiência administrativa e ao controle da gestão pública. Os agentes públicos têm o dever jurídico de atuar com probidade, como decorrência lógica da própria exigência de boa-fé no

âmbito da Administração Pública.⁴ Como disseram Diogo Figueiredo e Rafael Veras,⁵ corrupção é um fenômeno diretamente relacionado “com a eficácia e a credibilidade da gestão pública”, pois propicia a redução dos investimentos no país e o agravamento das desigualdades sociais.

A complexidade sobre a formulação de um conceito de corrupção no âmbito histórico e social fez com que as reflexões acadêmicas abandonassem uma teoria integral sobre o tema, preferindo-se um enfoque multifacetado desse fenômeno humano sob as mais variadas perspectivas. O pesquisador Melillo Dinis do Nascimento⁶ define essa abordagem “a partir do distanciamento de ‘ilhas’ especializadas de conhecimento”, usando uma imagem segundo a qual a doutrina prefere se debruçar sobre a árvore, e não sobre a floresta.

De qualquer sorte, a corrupção estará sempre entrelaçada com certas condicionantes existentes numa sociedade, tal como o grau de patrimonialismo (ou clientelismo), que envolve a malversação de recursos públicos originada pelas tênues demarcações de fronteiras entre o espaço público e o espaço privado. Isso faz com que agentes públicos tenham acesso a riquezas públicas a partir dos privilégios e prerrogativas de seus cargos e funções, prática oriunda de nossas tradições coloniais, como antes observado.

Por sua vez, a corrente funcionalista, ao explicar a corrupção, relaciona o assunto ao problema do desenvolvimento político e econômico de uma nação, pois ela poderia tanto tirar proveito de um processo de modernização como também emperrar o ritmo de desenvolvimento das sociedades, sobretudo em países de baixa institucionalidade política. Mais recentemente, os estudos sobre a corrupção voltaram-se para os valores culturais, sobretudo da cultura política, partindo-se do princípio de que o combate a atos corruptos exige mudança de valores básicos da sociedade, que irrigariam todos os processos de evolução institucional.

Esse vasto panorama sociológico e político influencia, certamente, o conceito jurídico de corrupção, o qual sofre efeitos desse mosaico metodológico, originado, por sua vez, de uma diversidade de práticas individuais e sociais encontradas nas esferas nacional e internacional. Nesse

4 NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, pp. 3 e 6.

5 *A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*. Disponível em: <www.editoraforum.com.br>. Último acesso em:

6 FERNANDES e NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 74.

sentido, atualmente, a ótica jurídica tende também a ser genérica, na medida em que a corrupção passa a ter um sentido abrangente, sendo entendida como um gênero de comportamento humano que contém várias espécies de conduta.

Os professores Marco Petreluzzi e Rubens Rizek,⁷ estudiosos do tema ora em debate, assinalam que o Código Penal tem vários delitos que poderiam ser entendidos, numa perspectiva moderna e genérica, como atos de corrupção, tais como peculato (artigo 312), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (artigo 315), advocacia administrativa (artigo 321), tráfico de influência (artigo 332), exploração de prestígio (artigo 357) e outros. Creio que poderemos chamar essa perspectiva da corrupção de corrupção *lato sensu* (que compreenderia diversos atos contra a Administração Pública), diferentemente da corrupção *stricto sensu*, de perfil mais específico, como será acentuado quando tratarmos do conteúdo da Lei 12.846/2013.

Evidentemente que não podemos ficar à mercê da indeterminação ou da elasticidade hoje observada a respeito do conceito de corrupção. O Direito exige um mínimo de objetividade a partir da qual possamos conduzir os estudos jurídicos, munidos do indispensável rigor técnico. Nesse diapasão, encontramos, na obra a que acima nos referimos (nota nº 1), uma definição bastante razoável, que poderá servir de norte para o aprofundamento da questão, segundo a qual corrupção consiste num desvio de poder, em que uma pessoa age, em conexão com qualquer ente público, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza. A corrupção tem, portanto, como um dos seus elementos básicos uma interação, direta ou indireta, com a Administração Pública. Essa também é a concepção de Eugenio Raul Zaffaroni, que entende a corrupção como uma relação com o Poder:

“A corrupção entende-se como a relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e outra que opera fora deste poder, em virtude da qual se trocam vantagens, obtendo ambas um incremento patrimonial, em função de um ato ou omissão da esfera do poder da primeira em benefício da segunda.”⁸

7 *Ibid.*, pp. 20 e 43.

8 *Ibid.*, p. 93.

3.

SOBRE OS CUSTOS DA CORRUPÇÃO

Difícil será mensurar os custos da corrupção, pois estes não têm, necessariamente, uma dimensão econômica. Poderão ser custos políticos, acarretando, por exemplo, a queda de um governo, o custo moral, que poderá ter reflexos na sociedade pela irradiação de sentimentos de indiferença e pessimismo entre os cidadãos, e custos não mensuráveis para o país que for acometido da pecha de corrupto, diante do afugentamento de capital nacional e sobretudo estrangeiro, reduzindo sua capacidade de realização de negócios em seu território. Por seu turno, em relação à empresa que pratica a corrupção, ela corre riscos de arcar com custos econômicos e não econômicos, tais como danos à imagem, cobertura negativa dos meios de comunicação, ausência de novos investimentos e perda de confiança por tempo indeterminado.

Por outro lado, a medição da corrupção sob o prisma econômico apresentará sempre distorções, pelo que se prefere, muitas vezes, expor simplesmente o índice de percepção dessa corrupção numa sociedade. O cálculo econômico ficará desfigurado por vários fatores, sobretudo pela própria impossibilidade de se revelarem todos os atos corruptos praticados num país, pois muitos deles ficam recônditos, em razão de sua limitada investigação. Somem-se a isso as deficiências da chamada *accountability*, ou seja, as obrigações institucionais do governante de prestar contas de seus atos, pois quanto mais deficiente aquele for, maiores serão os níveis de corrupção. Entram em jogo nesse cenário os níveis de transparência do setor público e a qualidade dos mecanismos de controle e fiscalização institucional da corrupção.

De qualquer sorte, há, por vezes, tentativas de quantificar a corrupção. A revista *Veja*, por exemplo, em uma de suas edições de 2011, calculava que o custo da corrupção do Brasil poderia atingir a cifra de 82 bilhões

de reais por ano. No ano de 2008, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) fez uma estimativa de que o custo da corrupção brasileira atingia 2,3% do PIB. Mais recentemente, no início de 2014, a Procuradoria-Geral da República informou que pelo menos 2,5 bilhões de dólares americanos estavam bloqueados no exterior – dinheiro originado de corrupção, inclusive desvio de recursos públicos. E a Clean GovBiz Organization, entidade intergovernamental que atua no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), calcula que os custos da corrupção chegam a 5% do produto bruto mundial, ou seja, 2,6 trilhões de dólares americanos.⁹

9 PETRELLUZZI e RIZEK JUNIOR, *op. cit.*, p. 70.

4. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NO BRASIL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os antecedentes legislativos dos quais trataremos a seguir devem ser entendidos como um combate à corrupção *lato sensu*, no elastério conceitual a que acima nos referimos. Nessa noção globalizada incluem-se os atos que, de alguma maneira, lesam a Administração Pública e o patrimônio público.

Esse combate iniciou-se no Brasil a partir dos vetustos tempos de nossa independência, pois a Constituição de 1824 já responsabilizava os Ministros de Estado por “peita, suborno ou concussão”, “pela falta de observância da lei” e “por qualquer dissipação dos bens públicos”.

Ainda na época do Império, o Código Penal de 1830 criminalizava a “peita” (expressão antiga equivalente a corrupção), a prevaricação, o suborno e a concussão. A Consolidação das Leis Penais e, mais adiante, o atual Código Penal, vigente desde 1940, igualmente trataram dessa matéria.

O Código Penal não cuida da corrupção de forma ampla, como ela é tratada nos dias atuais, mas tem, como antes ressaltado, diversos tipos penais que podem ser compreendidos no conceito flexível de corrupção *lato sensu*. Encontram-se, no entanto, em seu Título XI, Capítulos I e II, os Crimes contra a Administração Pública, sob a rubrica específica de “corrupção”, que representa a corrupção *stricto sensu*, ou seja, em uma concepção exclusivamente técnico-legal: a corrupção passiva (artigo 317), praticada pelo funcionário público no ato de solicitar ou receber vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem, e a corrupção ativa (artigo 333), que é a corrupção praticada pelo particular, sendo esta última conduta diretamente relacionada a certos atos lesivos à Ad-

ministração Pública previstos na Lei 12.846/2013, como assinalaremos mais adiante.

Houve, ainda, ao longo do tempo, alguns avanços no âmbito da responsabilização civil, com a Lei 3.164/1957, a qual estabeleceu que seriam sujeitos a sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos por servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública; e ainda a chamada Lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958), que definiu os responsáveis pela prática do enriquecimento ilícito, equiparando a servidor público “o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais”.

A Lei nº 4.717/1965, a Lei da Ação Popular, incorporou novos progressos na legislação anticorrupção brasileira, introduzindo, a partir de então, um novo instrumento de controle administrativo, mediante provocação ao Poder Judiciário. Com apoio nessa lei, qualquer cidadão brasileiro poderá requerer a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo órgãos da Administração direta e indireta, bem como de sociedades mútuas de seguros, serviços sociais autônomos, instituições, fundações e pessoas jurídicas ou entidades “subvencionadas pelos cofres públicos”, nas condições especificadas em seu artigo 1º. A sentença que julgar procedente a ação decretará a invalidade do ato impugnado, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis por sua prática e seus beneficiários (artigo 11). O patrimônio público, para os fins dessa lei, é representado pelos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (artigo 1º, § 1º).

Durante o período do regime militar, criou-se, por regra autoritária advinda do Ato Institucional nº 5/1968, a possibilidade de que o Presidente da República decretasse “o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública.....”, editando-se, posteriormente, o Decreto-Lei 369/1969, que criou a Comissão Geral de Investigações, encarregada de “promover investigações sumárias” visando ao confisco de bens de pessoas supostamente beneficiadas por atos de enriquecimento ilícito. Por sua vez, a Constituição de 1967, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 1/1969, foi modificada pela Emenda Constitucional nº 11/1978, que, em seu artigo 153, § 11º, afastou a possibilidade de confisco, mantendo, no entanto, a sanção de perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, na forma prevista em lei.

Outro marco que deve ser incluído no histórico do “pacote anticorrupção brasileira” é a Lei 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública. Essa ação visa, sem prejuízo da ação popular, apurar responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, por exemplo, ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e ao patrimônio público e social (artigo 1º, incisos I, III e VIII). São legítimos para propor essa demanda o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação civil que tenha como finalidade institucional a preservação de qualquer dos bens jurídicos tutelados pela citada lei.

Inaugurando uma nova ordem institucional em nosso país, a Constituição Federal de 1988 introduziu diversos dispositivos que se preocupam com o interesse público no campo da ética e da moral, a começar pela própria Ação Popular, admitindo a ampliação do seu escopo para que ela seja intentada em outras hipóteses além daquelas previstas pela Lei 4.717/1965, tais como anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do País (artigo 5º, inciso LXXXIII, da CF). Por seu turno, o *caput* do seu artigo 37 é enfático ao proclamar os princípios a serem obedecidos pela Administração Pública, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. No parágrafo 4º do mesmo dispositivo determina-se que os atos de improbidade administrativa são punidos com suspensão dos direitos políticos do infrator, perda de sua função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento de prejuízos provocados ao erário. Podemos, ainda, citar o artigo 14, parágrafo 9º, que, ao tratar da inelegibilidade para cargos políticos, estabeleceu que a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

O Tribunal de Contas da União, criado nos primórdios de nossa vida republicana pelo ilustre Ministro Rui Barbosa, mediante o Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, ganha maior destaque e prestígio institucional na Constituição Federal (CF) de 1988. Trata-se de órgão administrativo, com jurisdição em todo o território nacional, incumbido de zelar pelos princípios inerentes à Administração Pública. Este é encarregado de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo exercido pelo Parlamento mediante permanente fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades de administração direta e indireta quanto à legalidade, à economicidade e à legitimação dos atos de caráter administrativo-financeiro, podendo,

entre suas diversas atribuições, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, realizar inspeções em órgãos administrativos, representar ao Poder competente sobre irregularidades e abusos verificados, decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, sustar a execução do ato impugnado e, quando couber, determinar a aplicação de multas e de reparação de danos ao erário (artigos 70 e 71 da CF e Lei 8.443/1992). Por outro lado, visando prevenir lesões à Administração Pública e ao patrimônio público, existem também os controles internos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, entre outras tarefas, deverão avaliar a legalidade e os resultados das ações administrativas quanto à eficácia e à eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, em apoio ao controle externo, no exercício de sua missão institucional (artigo 74, incisos II e IV, da CF e artigos 49 e seguintes da Lei 8.443/1992).

A propósito, e na esteira do que dispõe o supramencionado artigo 74 da Carta Magna brasileira, foi editada a Lei 10.683, de 28/05/2003, que criou, como órgão integrante da Presidência da República, a Controladoria-Geral da União (CGU). Ela representa o órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e tem atribuições de assistir direta e indiretamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências relativos a defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública, correição, atividades de ouvidoria e incremento da transparência da gestão, visando prevenir e combater a corrupção.

Entre seus órgãos colegiados, vale menção à Secretaria de Transparência Pública e Combate à Corrupção e ao Conselho de igual denominação (artigos 1º e 3º, incisos II, letra *d*, e IV, letra *a*, do Decreto 8.109, de 17/09/2013). Cabe à mencionada Secretaria (artigo 17 do mesmo decreto) formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à prevenção da corrupção e à promoção da transparência, do acesso à informação, da conduta ética, da integridade e do controle social na administração pública, bem como outras atividades correlatas, tais como coordenar a realização de estudos e pesquisas sobre o assunto e promover a articulação com órgãos, entidades e organismos nacionais e internacionais nos assuntos de sua competência.

A CGU já desenvolvia atividades de prevenção da corrupção e promoção da transparência pública desde a edição do Decreto 5.683, de 24 de janeiro de 2006, portanto muito antes da promulgação da Lei 8.246/2013. Essa novel legislação, todavia, amplia consideravelmente as

responsabilidades da CGU na matéria, sobretudo diante de sua legitimidade para apurar, mediante processos administrativos, os atos lesivos à Administração Pública tipificados no mencionado diploma legal, como a seguir abordaremos.

Ainda em relação aos comandos constitucionais estabelecidos pela atual Carta Magna brasileira e buscando dar efetividade ao que dispõe seu artigo 37, § 4º, foi editada a Lei 8.429/1992, a Lei da Improbidade Administrativa, de larga utilização nos Tribunais brasileiros, que tem como objetivos a preservação dos princípios que regem a administração pública e a repressão a condutas ofensivas ao patrimônio público em todos os entes federados, incluídas entidades privadas beneficiadas, de alguma maneira, com receita pública (por exemplo, subvenção, incentivo fiscal ou creditício), nos limites estabelecidos pelo artigo 1º e seu parágrafo único da citada lei. A improbidade consiste em má conduta, incorreção, comportamentos imorais e desonestos verificados durante o exercício da gestão pública, de acordo com os parâmetros estabelecidos na citada lei.

O ato ímprobo caracteriza-se como ilícito de natureza civil e política, embora possa ter consequências criminais. Sob esse aspecto, a realidade vem demonstrando que, pelas consequências graves que pode acarretar, a sanção derivada da Lei 8.429/1992 é, em algumas situações, mais efetiva do que a sanção criminal, já que “dói no bolso”, em face das perdas patrimoniais consideráveis provenientes de ressarcimento de prejuízos e aplicação de multas. As consequências eleitorais também são rigorosas, eis que, diante da Lei Complementar 135/2010, artigo 2º – a Lei da Ficha Limpa –, são inelegíveis, pelo prazo de 8 anos, os que tiverem, por decisão irrecurável, suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. A mesma regra se aplica aos condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, se ficarem caracterizados lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito (atual redação do artigo 64, incisos *g* e *l*, da Lei Complementar 64/1990).

Os infratores que violam a Lei 8.429/1992 são sempre agentes públicos, embora possam eles agir com o auxílio de terceiros, que estarão sujeitos às mesmas sanções, exceto, evidentemente, aquelas que são exclusivas dos servidores públicos, como perda da função pública. Quanto à natureza das infrações, a Lei relaciona três tipos de ilícitos: a) o ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito do agente, ou seja, o acréscimo patrimonial sem causa legítima; b) o ato de improbi-

dade que cause prejuízo ao erário; e c) atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública (artigos 9 a 11). Neste último caso, a descrição aberta envolve maior cautela, já que a interpretação do dispositivo legal é vasta, podendo acarretar situações injustas em que simples irregularidades, praticadas sem nenhuma má-fé, possam se transformar em condutas ímprobas.

Embora a improbidade administrativa envolva, em princípio, a verificação de atos desonestos e imorais praticados pelo agente público, não se exclui a ocorrência de atos culposos, decorrentes de violação aos deveres de diligência no trato da coisa pública, em face da existência de comportamentos negligentes, imprudentes ou imperitos. Essa é a interpretação decorrente do que dispõem os artigos 5º e 10 da Lei 8.429/1992, que definem improbidade como sendo “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”.

O artigo 12 explicita as penalidades a que estão sujeitos os infratores da Lei 8.429/1992, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, observadas as variações que dependem do tipo de ilícito praticado, a saber: a) ressarcimento integral do dano, se houver, cuja obrigação é imprescritível (artigo 37, § 5º, da CF); b) perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos por três a dez anos; e) pagamento de multa civil, fixada de acordo com a categoria da infração praticada; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que, por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três a dez anos. Na fixação dessas penas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

4.2. OUTRAS LEIS BRASILEIRAS EM DEFESA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Existem diversos outros diplomas legais que integram o arcabouço legislativo de combate à corrupção, podendo ser lembradas:

- a) a Lei do Funcionalismo Público (Lei 8.112/1990), em que, no capítulo das penalidades, há previsão de demissão do servidor quando houver crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos,

dilapidação do patrimônio nacional e corrupção (artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI);

- b) a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que trata dos crimes contra o Sistema Tributário Nacional;
- c) a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), em que, no capítulo das *Sanções administrativas e da Tutela Judicial*, há previsão de vários crimes, como dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, devassar o sigilo da proposta apresentada em procedimento licitatório e outras condutas equivalentes (artigos 89, 90 e 94), delitos que podem ser cometidos inclusive na licitação pela modalidade de pregão (Lei 10.520/2002, artigo 9º);
- d) a Lei 8.730/1993, que obriga diversas autoridades e os que exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança na Administração Pública a entregar ao órgão competente, a cada ano, declaração e bens e rendimentos, para verificação pelo Tribunal de Contas da União;
- e) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que identifica os chamados “instrumentos de transparência da gestão fiscal”, tais como divulgação de planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, o Relatório da Execução Orçamentária e outros. Prevê o incentivo à participação popular e a realização de audiências públicas por ocasião da elaboração de tais documentos, entre outras providências (artigo 48). Há também previsão de que a infração à citada lei complementar seja punida com base na legislação pertinente, nela incluídos o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa (artigo 73);
- f) a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que objetiva, igualmente, incentivar a transparência e se baseia na regra fundamental segundo a qual qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações a órgãos públicos e a entidades destinatárias de recursos públicos

(artigo 10). Baseia-se em determinados princípios, dos quais podemos enumerar observância da publicidade como preceito geral, divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações, fomento à cultura de transparência e controle social na Administração Pública (artigo 3º). Há previsão de diversas condutas ilícitas praticadas por agente público, inclusive na esfera militar (artigo 32), como recusa ao fornecimento de informações requeridas pelo cidadão, ressalvadas exceções legais, subtração, destruição, inutilização de informações, imposição de sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro e outras, que se tornam passíveis de punição com base nas mencionadas Leis 8.112/1990, 8.429/1992 e ainda na Lei 1.079/1950 (lei definidora dos crimes de responsabilidade);

- g) a Lei do Conflito de Interesses (Lei 12.813/2013) representa uma interessante legislação, de caráter eminentemente preventivo, no combate à corrupção. Envolve situações em que sejam alvos os ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal (inclusive ministros de Estado). Abrange, ainda, a fixação de requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas e estabelece os impedimentos posteriores ao exercício da função pública. Tal conflito consiste numa situação gerada pela colisão de interesses públicos e privados que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho do ofício público (artigo 3º, inciso I). A avaliação dessas ocorrências fica sob o crivo da Comissão de Ética Pública e da Controladoria-Geral da União, conforme o caso;
- h) a Lei 9.613/1998, que reprime a lavagem de dinheiro, assim entendida como o ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (artigo 1º). Ali se prevê a delação premiada para o autor ou o partícipe que colaborar com a apuração das infrações penais (artigo

1º, § 5º). Esse instituto, inclusive, tem “parentesco” legal com o Acordo de Leniência, previsto na Lei 12.846/2013, como examinaremos mais adiante; e

- i) a Lei nº 12.850/2013, que trata da “Organização Criminosa”, não é propriamente um antecedente legislativo da Lei 12.846/2013, pois ela é datada de 2 de agosto de 2013, um dia após a sanção da Lei ora *in comento*. Porém, tal lei faz parte do esforço contemporâneo de reduzir a corrupção em suas variadas formas, definindo organização criminosa como uma associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos (artigo 1º). A delação (ou colaboração) premiada também é prevista para aqueles que cooperarem com a investigação criminal, o que poderá propiciar ao investigado a redução de pena, sua substituição por restrição de direitos e até o perdão judicial (artigo 4º).

5.

A LEI 12.846/2013 E SUAS ORIGENS NO DIREITO INTERNACIONAL

Não foi apenas por causa da dimensão da corrupção brasileira que foi editada a Lei 12.846/2013. Ela tem origens no Direito Internacional, mercê da hodierna concepção segundo a qual a corrupção está sendo considerada um fenômeno que transcende fronteiras, fruto da intensa globalização, a ser combatida pela comunidade das nações. Nesse contexto, o nosso governo se viu na contingência de atender a compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil que estabeleceram, em nível internacional, regras de repressão a atos considerados corruptos.

OS MARCOS LEGAIS INTERNACIONAIS

Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, aprovada por decreto de 7 de outubro de 2002

Em síntese, essa convenção declara que, entre seus vários propósitos, busca promover o fortalecimento e o desenvolvimento, por todos os países, de mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, buscando a cooperação entre os Estados partes, inclusive mediante mecanismos para garantir que as sociedades comerciais e outras associações mantenham controles internos que permitam às empresas detectar a ocorrência de atos de corrupção.

A Convenção declara, igualmente, que os Estados partes adotarão todas as medidas legislativas ou de outra natureza para tipificar os delitos de corrupção e de prevenir o suborno transnacional, destacando que,

para a caracterização dos atos de corrupção, não será necessário que produzam prejuízo patrimonial para o Estado (artigo XII).

Valem, aqui, duas importantes observações: a primeira é que essa convenção está nitidamente convocando o setor privado a colaborar com o combate à corrupção, embora ainda não explicita a responsabilidade jurídica das empresas. Por outro lado, fica igualmente explicitado que o ato de corrupção não significa necessariamente que resulte em prejuízo patrimonial do Estado, bastando apenas a prática da conduta reprovável.

Convenção aprovada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997, e ratificada pelo Brasil mediante o Decreto 3.678, de 30 de novembro de 2000

Merecem registro as origens dessa convenção, que remontam a uma antiga legislação norte-americana. Com efeito, em 1977 ocorreram vários escândalos financeiros nos Estados Unidos da América (EUA), descobrindo-se, à época, que várias empresas americanas repassavam propinas altíssimas a funcionários públicos estrangeiros, principalmente a Lockheed, que distribuiu pagamentos ilícitos em valores superiores a 20 milhões de dólares, com o objetivo de facilitar a venda de aeronaves e armamentos.

O governo americano, atendendo a pressões da imprensa e da opinião pública dos EUA, resolveu, então, editar uma lei, a Foreign Corrupt Practice Act (FCPA), que criminalizou a prática de corromper, de subornar agentes públicos estrangeiros, com a previsão de sanções monetárias que poderiam chegar a milhões de dólares e penas de prisão de até 20 anos para as pessoas físicas. Segundo Rizek e Petrelluzzi:¹⁰

“Há que compreender que a edição dessa legislação decorreu do entendimento norte-americano no sentido de que o pagamento de propinas a um agente público é algo que desvirtua a concorrência e viola as leis do mercado, atingindo os fundamentos do regime capitalista. Não se tratou, pois, apenas de questão ética ou postura moral, mas, sobretudo, de manter o sistema saudável e impedir práticas que turbavam o mercado. À época, a exposição de

10 *Ibid.*, p. 23.

motivos do ato, expedida pelo Senado Norte-Americano afirmava que ‘Corporate Bribery is bad business.’”

Ocorre que a edição da FCPA provocou sérios problemas para as empresas norte-americanas, pois elas passaram a ter perda de competitividade em relação a empresas de outros países que mantinham a *liberdade* de subornar agentes públicos, já que não havia leis nacionais que reprimissem essa prática. Mais do que isso, permitia-se que tais empresas abatessem de seus lucros despesas com pagamentos ilícitos. Por tais razões, os EUA, durante muitos anos, pressionaram a comunidade internacional para adotar medidas legais semelhantes, resultando tais esforços na aprovação, em 1997, no âmbito da OCDE, da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil em novembro de 2000. Em seu artigo 2º, ela se refere justamente à responsabilidade objetiva das empresas pela prática de corrupção de funcionário público estrangeiro:

“Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico e distorce as condições internacionais de competitividade:

.....

Artigo 2º - 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.

Artigo 3º - 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 sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.”

A citada convenção refletiu-se, posteriormente, na legislação brasileira, pois foi introduzido no Código Penal, mediante alteração promovida pela Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, o Capítulo II-A no título referente aos *Crimes Contra a Administração Pública*, os “Crimes Praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira”, inaugurando-se, pelo artigo 337-B daquele diploma legal, o tipo legal conhecido como “Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional”, nos seguintes termos:

“Artigo 337-B – Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.”

Também ficou previsto, como reflexo da vigência daquela Convenção no Brasil, o artigo 337-C do Código Penal, que tipifica o crime de “tráfico de influência em transação comercial internacional”.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, e ratificada pelo Brasil por força do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006

Em seu preâmbulo, a Convenção destaca a preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) com as ameaças decorrentes da corrupção para a estabilidade e a segurança das sociedades, diante do enfraquecimento das instituições, e os valores da democracia, mencionando os vínculos da corrupção com outras formas de delinquência, como o crime organizado e a lavagem de dinheiro. Salienta, ainda, que o combate à corrupção exige uma cooperação internacional, pois ela deixou de ser um problema local para se converter em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias. E registra também que a prevenção e a erradicação da corrupção são responsabilidades de todos os Estados, com o apoio e a participação de pessoas e grupos que não pertencem ao setor público.

A Convenção prevê também que os países estabeleçam normas para o setor privado relativas à obrigação de adotar medidas de natureza contábil e de auditoria, especialmente controles internos para prevenir a prática da corrupção, sob pena de sanções civis administrativas e penais no

caso de não cumprimento dessas medidas, além de outras providências voltadas para a transparência administrativa e financeira das empresas (artigo 12).

Como exemplos de corrupção em seu sentido mais genérico, temos na Convenção malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público, além de tráfico de influência, abuso de funções, lavagem de dinheiro e retenção de bens obtidos de forma ilícita.

Por sua vez, em seu artigo 26, estabelece essa convenção:

“Cada Estado Parte adotará as medidas 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.

Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

Tal responsabilidade existirá sem prejuízo da responsabilização penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

Cada Estado Parte velará para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas.”

Como se vê claramente nos dispositivos acima invocados, essa convenção inclui o setor privado como partícipe no combate à corrupção, impondo-lhe corresponsabilidade pela prática dos atos ilícitos que dela se originam.

6. SOBRE O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A Lei 12.846/2013 é nitidamente influenciada pelo compromisso internacional assumido pelo Brasil de incluir a iniciativa privada como parceira do Estado no combate à corrupção. Diogo de Figueiredo e Rafael Veras¹¹ também apontam suas origens no princípio constitucional da moralidade da Administração Pública (artigo 37 da CF). Para concretude desse princípio, não devem existir apenas os mecanismos internos decorrentes do controle dos atos do gestor público, mas também a vigilância, a responsabilidade civil e a punição sobre os agentes privados. Como dizem os ilustres autores, essa responsabilidade dos particulares é um efeito extensivo dos princípios da moralidade administrativa, que, a princípio, seriam aplicáveis exclusivamente aos agentes públicos:

“Nesse particular, é lícito falar-se em eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa. Em outros termos, embora os indivíduos não estejam compreendidos sob o princípio da legalidade administrativa – oponível tão somente à Administração Pública, a extensão dos efeitos do princípio da moralidade administrativa aos particulares, no âmbito da autonomia da vontade, está em conformidade com o Direito, ou seja, com o princípio da juridicidade. Deflui daí a constitucionalidade de um diploma normativo que tem por objeto justamente a

11 *A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*, op. cit., pp. 5 e 6.

repressão de condutas de agentes privados que fomentem a prática de imoralidades por servidores do Estado, estabelecendo sanções e instrumentos administrativos para a sua persecução.”

Num breve retrospecto, podemos destacar que o instituto da responsabilidade civil nasceu de regras sedimentadas ao longo da história, pois, embora o homem tenha plena liberdade para atuar, segundo seu livre-arbítrio, fazendo tudo o que a Lei não proíbe, não pode causar danos a terceiros, o que, em última análise, desequilibra a ordem política e social.

O padrão básico da responsabilidade civil é o da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, só responde por uma ação ou omissão que cause lesão ou prejuízo a terceiros quem agiu com culpa. Essa culpa abrange não apenas o ato consciente e voluntário de praticar o ato lesivo, mas também a chamada culpa *stricto sensu*, ou seja, a lesão provocada não pela intenção de uma pessoa, mas por que ela violou o chamado dever de diligência. O exemplo clássico desta última hipótese é o do motorista que provocou involuntariamente um acidente de trânsito, gerando lesões corporais na vítima por sua conduta leviana e imprudente. As duas formas estão previstas no Código Civil, artigo 186, que prescreve: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Essa é a forma que o Direito encontrou, desde remotos tempos, para buscar o equilíbrio entre as partes envolvidas em determinada situação, o qual fica afetado quando uma delas provoca um mal à outra, exigindo-se, a partir daí, a reparação civil, que é sucedânea, no mundo moderno, da antiga reparação da vítima pela vingança, a justiça pelas próprias mãos ou, como permitia a antiga Lei das Doze Tábuas, a reparação do mal pelo mal.

Os padrões atuais decorrentes do ressarcimento do dano causado envolvem basicamente compensações patrimoniais, mas continuam coerentes com o princípio histórico e universal segundo o qual “a ninguém é dado causar prejuízo a outrem”, já previsto no antigo Direito romano (*neminem laedere*).

Os romanos também criaram a regra da *restitutio in integrum*, adotada no Direito brasileiro, segundo a qual a reposição da vítima há de ser completa, restaurando-se a situação em que ela se encontrava antes do cometimento da lesão jurídica, ou, pelo menos, o pagamento de uma indenização a mais próxima possível do valor do prejuízo. A reparação integral envolve o dano emergente, ou seja, uma concreta diminuição

do patrimônio do lesado e, eventualmente, os lucros cessantes, ou seja, aquilo que o lesado deixou de receber em virtude da ocorrência do dano.

Assim sendo, a responsabilidade civil tem duas funções, quais sejam garantir o direito do lesado à segurança jurídica e patrimonial e servir como sanção civil de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, desestimulando, conseqüentemente, a prática de atos lesivos. A responsabilidade civil objetiva também congrega essas funções, mas se caracteriza pela ausência de averiguação de culpa do agente que provocou a lesão. Basta que se comprove a ação por ele praticada, a existência da lesão e o nexo causal entre a ação e o resultado danoso. Essa responsabilidade se consolidou a partir do desenvolvimento jurídico da teoria do risco, pois, numa sociedade moderna, não se pode, em certas situações, exigir-se culpa para que uma vítima seja indenizada. Como leciona Samuel Henderson Pereira Lopes em estudo sobre o tema:¹²

“A responsabilidade fundada no risco consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta”.

O artigo 927 do Código Civil acolhe essa doutrina, quando prescreve a responsabilidade objetiva sempre que “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. As teses que embasam essa regra nasceram da convicção segundo a qual quem exerce atividade arriscada deve assumir os prejuízos que dela ocorrerem, independentemente da análise subjetiva da conduta do agente.

Há diversas qualificações para identificar o risco. Por exemplo, há o risco administrativo, adotado nos casos de responsabilidade objetiva do Estado por ato praticado por um de seus agentes públicos (artigo 37, § 6º, da CF); o “risco criado”, como acontece no defenestramento, ou seja, a responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem (artigo 938 do Código Civil); e o risco-proveito, decorrente de atividades lucrativas, como no caso do fornecedor que assume os riscos decorrentes da entrega de um produto defeituoso, situação tratada no Código de Defesa do Consumidor.

12 *O instituto da Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Último acesso em:

Exemplo marcante da responsabilidade civil objetiva é o caso típico do transporte aéreo, marítimo ou terrestre, em que, na hipótese da ocorrência de um acidente em que o passageiro é vítima, o transportador tem a obrigação de indenizá-lo, independentemente da ausência de culpa do condutor do veículo (artigo 734 do Código Civil). Não raro, seria um fardo para a vítima provar a culpa do infrator em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, demonstrar a conduta negligente do piloto num acidente aéreo. Justamente essa dificuldade de construir a prova do fato foi uma das razões relevantes para fundamentar a teoria da responsabilidade civil objetiva. Até mesmo quando um acidente ocorre por culpa de terceiro, não há elisão da responsabilidade do transportador. Se os passageiros de um ônibus ficarem feridos numa via pública em razão de abalroamento causado por conduta imprudente do motorista de um automóvel que nela transitava, a empresa transportadora os compensará pecuniariamente pelos danos físicos sofridos e somente depois buscará o seu ressarcimento por via da ação regressiva contra quem dirigia o outro veículo (artigo 735 do Código Civil).

A responsabilidade civil objetiva é amplamente adotada no Direito brasileiro, estando, inclusive, incorporada ao próprio Direito Constitucional, valendo lembrar não apenas a já mencionada regra do artigo 37, § 6º, da CF a respeito da responsabilidade civil do Estado por atos praticados por agentes públicos dos quais resultem danos a terceiros, mas também a norma prescrita no artigo 21, inciso XXIII, alínea *d*, da CF, segundo a qual compete à União explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, assumindo “responsabilidade civil por danos nucleares independente da existência de culpa”.

Existe também no corpo do texto constitucional uma situação que, por sinal, encontra paralelismo na Lei 12.846/2013, na qual a responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica não exclui as punições a esta aplicáveis, em face de atos praticados contra a ordem econômica e financeira, numa perfeita coexistência da responsabilidade civil subjetiva imputada a pessoas físicas com a responsabilidade objetiva que incide sobre as empresas (artigo 173, § 5º, da CF). Disciplinando esse dispositivo constitucional, editou-se a Lei 12.549, de 30/11/2011, segundo a qual “as diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente” (artigo 32).

A propósito desses dispositivos da Lei Maior, permitimo-nos breve digressão para comentar frágeis alegações, que aqui ou acolá se manifes-

taram, a respeito da suposta inconstitucionalidade da Lei 12.846/2013, sobretudo um artigo dos Drs. J. U. Jacoby e Karina Amorim Costa¹³ no qual, após afirmarem que a Constituição Federal menciona, entre os direitos fundamentais da pessoa humana, “o devido processo legal e a apreciação do elemento subjetivo do agente, nas formas de dolo ou culpa”, acrescentam que somente é possível admitirem-se exceções à responsabilidade subjetiva nos casos previstos na Constituição Federal e já mencionados acima.¹⁴ A partir desse raciocínio, concluem “que a criação de uma terceira hipótese, a partir de norma infraconstitucional, não é possível”.

Trata-se de um equívoco. Existe vasta tradição da responsabilidade civil objetiva no Brasil, que abrange não somente as Leis, mas também hipóteses constitucionais. Não há, pois, como se conceber que a Lei Anticorrupção conflite com a Lei Maior do País, eis que desarmonia só haveria se a Constituição Federal de 1988 abrigasse dispositivo expreso impeditivo ao conteúdo normativo da Lei 12.846/2013, o que, definitivamente, não acontece.

Alegar-se inconstitucionalidade sob esse errôneo fundamento, por uma suposta “omissão” constitucional, quando, na verdade, não existe qualquer regra proibitiva na Carta Magna, seria admitir-se que esse suposto vício provocasse um efeito “arrasa-quarteirão” nas Leis brasileiras, fulminando situações de responsabilidade civil objetiva contidas em consagrados dispositivos do Código Civil, tais como os já examinados artigos 927, 734 e 735 e ainda os seus artigos 932 e 933, que tratam das hipóteses de responsabilidade sem culpa dos pais por atos de seus filhos menores, dos tutores e curadores por seus “pupilos” e curatelados, do empregador por ato de seu empregado no exercício de seu trabalho e dos donos dos hotéis por danos praticados aos seus hóspedes durante a hospedagem, sem falar nas demais leis que tratam da matéria, existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, merecem referências o centenário Decreto 2.681, de 07/12/1912, que estabelece como regra a responsabilidade das estradas de ferro “pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar” (artigo 1º), e o Decreto-Lei 116, de 25/01/1967, que fixa a responsabilidade do transportador de mercadoria por meio de embarcações. No Direito Ambiental, ganha relevância a Lei 6.938/1981, artigo 14, parágrafo 1º, que determina ao agente poluidor, independentemente de culpa, indenizar ou reparar os danos causados

13 FERNANDES e NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 50 e seguintes.

14 Artigos 37, §§ 6º e 21, inciso XXIII, inciso *d*, não tendo havido alusão à hipótese contida no artigo 173, § 5º, da CF.

ao meio ambiente, e ainda o artigo 3º da Lei 9.605/1998, que responsabiliza pessoas jurídicas nos âmbitos administrativo, civil e penal em face de atos lesivos ao meio ambiente cometidos por seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado. No âmbito do Direito Consumerista, temos o Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 14), que fixa a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de coisas ou serviços se houver defeitos nos produtos fornecidos ou por má prestação de serviços.

Como recordamos acima, o artigo 927 do Código Civil autoriza a aplicação da responsabilidade civil objetiva nos casos de atividades que possam provocar riscos, mas também “nos casos especificados em lei”. A Lei 12.846/2013 se inclui entre tais casos, diante da responsabilidade que a pessoa jurídica assume por atos corruptos praticados por seus gestores em geral. Se antes tal responsabilidade estava prevista em convenções internacionais, hoje ela se materializou no ordenamento jurídico brasileiro por expressa vontade legal.

Em seu esmerado trabalho *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*, Modesto Carvalhosa faz interessantes comentários, observando que, quando existe na Lei imputação de responsabilidade diretamente à empresa (e não apenas a seus agentes e representantes em geral), não há que se falar em dolo ou culpa de pessoa jurídica. Sobre o assunto, diz o consagrado jurista que tais elementos, próprios da pessoa humana, não se adequam à natureza da pessoa jurídica, em cuja ação “está absolutamente ausente o fator psicológico”. Logo, se o Legislador pretende responsabilizar a empresa por atos praticados por seus empregados e colaboradores, a noção de dolo e culpa inerente à ação humana não contamina a pessoa jurídica, que, por sua vez, é responsabilizada não por aspectos subjetivos próprios da conduta ilícita, mas sim pela forma puramente objetiva, em que a intenção da pessoa responsabilizada não é averiguada. É por isso que, sob a égide da Lei 12.846/2013, não há que se falar em responsabilidade subjetiva de pessoa jurídica. Nesse sentido, leciona o citado mestre:

“A ação da pessoa jurídica é dirigida unicamente à consequência do seu objeto social, diferentemente da pessoa física que age dentro de um universo caracterizado pelas ambiguidades psicológicas de sua própria natureza.

(...)

Ambos, o Estado e a pessoa jurídica, têm responsabilidade objetiva sobre os atos por ele praticados. Não se pode falar de responsabilidade subjetiva do Estado, nem de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica. A responsabilidade de um e de outro são inteiramente independentes da conduta e da responsabilidade pessoal de seus agentes

(...)

Não se pode, assim, falar em elemento ou tipo subjetivo do delito quando se trata de ato de corrupção praticado pela pessoa jurídica. Não se pode requisitar o elemento volitivo de dolo da pessoa jurídica corrupta. Seria grotesco alegar-se, v.g. que a pessoa jurídica, ao se conduzir corruptamente, não teve a intenção de fazê-lo, ou então que o fez no plano da culpa, ou seja, por imprudência, por desconhecimento dos efeitos da conduta corruptiva, etc., sem qualquer intenção de lesar o bem jurídico, o Estado.”¹⁵

Preliminarmente, é importante salientar que a Lei 12.846/2013 preferiu não definir as condutas por ela mencionadas como corrupção, diante da multiplicidade de conceitos derivados que ela tem, ora assumindo a concepção estrita, ou seja, tipificada no Código Penal brasileiro com tal denominação, ora assumindo aspectos genéricos que envolvem a prática de outros delitos. Assim, a Lei preferiu definir as infrações ali capituladas como atos lesivos à Administração Pública, explicitando, em seu artigo 1º, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas da seguinte forma:

“Artigo 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.”

A seguir, a Lei faz conveniente distinção entre a responsabilidade civil objetiva, que cabe às pessoas jurídicas, daquela outra imputada individualmente a seus respectivos gestores em geral, que é de natureza

15 CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 40 e 184-185.

subjetiva e envolve obrigatoriamente a prática da culpa. É evidente que, para a punição de uma pessoa jurídica, haverá de existir, necessariamente, uma pessoa natural que tenha previamente praticado a corrupção, mas suas respectivas punições são aplicadas de forma absolutamente autônoma (artigo 3º, § 1º). Tanto assim é que reza o artigo 3º, § 2º, da comentada lei que “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade”. Assim, por exemplo, se um ato corrupto é praticado dentro de uma empresa à revelia do conhecimento e da vontade de seu presidente, ele não será punido, mas sim os verdadeiros responsáveis pela conduta ilícita.

Por outro lado, a Lei 12.846/2013 não está destinada a punir administradores ou qualquer pessoa física, mas exclusivamente as pessoas jurídicas. O que os pune é o Código Penal e as demais leis que compõem a legislação brasileira destinada ao combate à corrupção. Evidentemente, a aplicação de sanção por responsabilidade objetiva da empresa por atos de corrupção somente ocorrerá depois de previamente configurados, mediante a devida averiguação, os atos praticados por seu dirigente, empregado ou colaborador.

Outrossim, uma observação torna-se particularmente valiosa para mensurarmos a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, pois ela circunscreve-se somente a atos lesivos praticados *em seu interesse ou benefício* contra a Administração Pública, como reza claramente o artigo 2º da Lei 12.846/2013. Portanto, seguindo-se a exegese legal, a prática do ato envolve, necessariamente, a intenção do agente de agir *em nome de determinada pessoa jurídica, a qual se pretenda beneficiar*. Portanto, não se tipificaria a infração a tal legislação se, por acaso, um empregado da empresa “A”, valendo-se do ambiente de trabalho que diariamente frequenta, estiver trabalhando à sorrelfa, sem o conhecimento de seu empregador, em proveito da empresa “B”, em nome da qual violou a Lei Anticorrupção. É claro que o agente responderá individualmente por violação a normas brasileiras administrativas e criminais, sem falar na possibilidade de uma possível demissão por justa causa, por desvio de sua função, gerada pela incontinência de sua conduta. Mas, embora o empregado pertença aos quadros funcionais da empresa “A”, não há como puni-la, já que seus interesses em momento algum foram tutelados perante o Poder Público. No entanto, a empresa “B” terá que arcar com as consequências das atitudes de seu representado, justamente porque sua responsabilidade é objetiva, pouco importando o ambiente espacial onde o ato ilícito foi cometido e sem a necessidade de averiguação de culpa da empresa cujos interesses estavam sendo defendidos.

7.

ASPECTOS ESTRUTURAIS DA LEI 12.846/2013

7.1. O CERNE DA LEI ANTICORRUPÇÃO

J á vimos que a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública se configura sempre que tais atos, expressamente tipificados na Lei 12.846/2013, sejam efetivamente caracterizados. Distingue-se claramente a responsabilidade objetiva daquela de natureza individual, que é imputada às pessoas físicas que praticaram a conduta ilícita, sempre na medida de sua culpabilidade e de acordo com as Leis específicas que forem violadas.

A vítima dos atos corruptos será sempre a Administração Pública. Sob a égide da Lei 12.846/2013, não há que se falar em “corrupção privada”, até mesmo porque, como vimos acima, a corrupção de que ora tratamos envolve sempre, de forma direta ou indireta, uma interação com o Poder Público. Se utilizarmos a linguagem penal, podemos considerar que a Administração Pública será sempre o sujeito passivo do ato ilícito, cujos contornos são definidos pelo artigo 37, *caput*, da CF e pelo Decreto-Lei 200/1967.

Nesse sentido, podemos definir Administração Pública como o conjunto de órgãos que envolvem as Administrações federais, estaduais e municipais e contempla tanto a Administração direta quanto a Administração indireta, neste caso envolvendo empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista. Acrescente-se, ainda, que, por força da Convenção da OCDE, a Lei protege também a Administração Pública estrangeira (artigo 1º). Esta é conceituada legalmente como o conjunto de “órgãos e entidades estatais ou representações diplomá-

ticas 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”. Equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais (artigo 5º, §§ 1º e 2º).

Por outro lado, não sendo a pessoa jurídica quem pratica o ato corrupto, mas sim quem a represente, poderemos considerar seus representantes todos os seus dirigentes, prepostos, empregados em geral e até terceiros que estejam representando os interesses empresariais e que sejam autores, coautores ou partícipes do ato lesivo (artigo 3º). A pessoa jurídica que responde objetivamente pela prática de infração à Lei 12.846/2013 é, em geral, a empresa privada (artigo 1º, parágrafo único), ou seja, “as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado”, mas também envolve “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”.

Há também responsabilidade civil objetiva nos casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (artigo 4º). Em caso 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 se aplicando a esta outras sanções previstas na Lei 12.846/2014, salvo situações de simulação ou fraude. Acrescenta, ainda, a Lei (artigo 4º, § 2º) que as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos na citada lei. Ou seja, a aplicação da Lei pode ser estendida a todo um “grupo econômico” em razão da conduta ilícita verificada numa de suas empresas, entendendo-se grupo econômico como a “associação de empresas juridicamente independentes, com atuação sob direção unitária”, na precisa definição de Fábio Konder Comparato.¹⁶

É interessante notar que, embora as empresas públicas e as sociedades de economia mista sejam integrantes da Administração Pública (e, conseqüentemente, tornem-se, em regra, vítimas dos atos lesivos), elas, eventualmente, poderão se voltar para o outro polo, ou seja, transformar-se em sujeitos ativos de atos de corrupção, na medida em que atuarem

16 COMPARATO, Fábio Konder. *Grupo Societário fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador – Direito Empresarial — Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 275.

como pessoas jurídicas privadas em suas relações com o Poder Público. Agindo como particular, uma empresa estatal pode ser responsabilizada diante da prática de um ato corrupto, como, por exemplo, na hipótese de que um empregado da Petrobras, ao representá-la perante a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) ofereça suborno a um servidor público daquele órgão para favorecer interesses de seu empregador.¹⁷

Considerando-se que o foco primordial da Lei 12.846/2013 é a empresa, passaremos, doravante, a adotar essa denominação em algumas passagens, no lugar de pessoa jurídica, com intuito meramente prático, sabendo-se, de antemão, que a referência a empresa se estende, *ex vi legis*, às entidades previstas no artigo 1º, § 1º, da citada lei.

Segue-se uma pergunta fundamental: o que são atos lesivos à Administração Pública, para os fins da Lei 12.846/2013? São aqueles atos, definidos pelo seu artigo 5º, que atentem contra o patrimônio público nacional, contra princípios da Administração Pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Já vimos, em síntese, quais os compromissos o Brasil assumiu derivados das normas da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 20 de março de 1996, da Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 dezembro de 1997, e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003. Essas convenções irradiam a preocupação da comunidade das nações em relação à prática endêmica da corrupção em âmbito internacional. Em síntese, tais convenções inauguram uma nova fase, na qual os governos estão convocando o setor privado a colaborar com o combate à corrupção, função que deixa de ser eminentemente estatal. Acentua-se a obrigação de que as empresas privadas adotem medidas preventivas e de transparência administrativa, especialmente a criação de adequados controles internos que coíbam a prática de atos corruptos, estabelecendo-se, em paralelo, a responsabilidade da pessoa jurídica por tais atos, inclusive com a imposição de sanções, especialmente as de natureza monetária.

Por outro lado, os princípios da Administração Pública estão claramente enunciados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O princípio da legalidade se origina da proclamação constitucional contida no artigo 5º, inciso II, da CF, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, a

17 CARVALHOSA, *op.cit.*, pp. 153 e 200.

Lei é o freio jurídico que uma pessoa física ou jurídica terá que respeitar, em nome dos interesses maiores da coletividade, que, em última análise, é a real destinatária da norma legal. Assim sendo, toda atuação administrativa, legislativa e judicial do Estado decorrente de seu relacionamento com os cidadãos brasileiros decorre de lei gestada sob o pressuposto de sua constitucionalidade.

Consequentemente, qualquer obrigação ou restrição que extrapole os limites da Lei será considerada abuso de poder do Estado ou desvio de sua finalidade. Encontra-se nesse ambiente a fraude à Lei ou sua inobservância por via de atos administrativos e judiciais, muitas vezes com o propósito de favorecer pessoas ou grupos, em detrimento dos interesses maiores da população brasileira. Tais condutas, não raro, são produto da corrupção, quando pessoas jurídicas, em seu interesse e benefício, agem para distorcer ou ignorar os ditames legais. Como corolário da legalidade, podemos invocar também o princípio da finalidade, não podendo o agente público simplesmente aplicar formalmente a Lei, mas observar precipuamente sua intenção e sua finalidade social, a qual abarca não apenas a interpretação legal, mas também a sua regulamentação. Por sua vez, o princípio da motivação é também derivado do princípio da legalidade e se ampara na obrigação do administrador de justificar seus atos, oferecendo fundamentos de fato e de direito que retratem a coadunação entre o ato administrativo e a Lei que lhe dá respaldo.

O princípio da motivação do ato administrativo está internalizado na legislação brasileira, nos termos da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece “normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Seu artigo 50 exige a motivação, que deve ser “explícita, clara e congruente” (§ 1º), sempre que o ato administrativo produza determinados efeitos, tais como negar, limitar ou afetar direitos ou interesses, impor ou agravar deveres, encargos ou sanções, dispensar ou declarar a inexigibilidade de processo licitatório. Fundamentado terá que ser também o ato administrativo quando deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre o assunto ou discrepe de “pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”. Nessa lei também encontramos o primado do interesse público, que sempre sobrepuja o interesse particular, pois a Lei será sempre o instrumento do bem-estar coletivo num Estado Democrático de Direito.¹⁸ Com efeito, reza o artigo 2º da Lei 9.784/1999 que, nos processos administrativos, adotar-se-ão os critérios de “atuação

18 *Id. ibid.*

conforme a lei e o Direito”, “atendimento a fins de interesse geral”, e “objetividade no atendimento do interesse público”.

Já o princípio da impessoalidade atende a regras de igualdade e isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a Lei. Tal preceito é fundamental para a análise dos atos lesivos à Administração Pública previstos na Lei 8.246/2013, especialmente os procedimentos licitatórios, em que as infrações normalmente violam aquele preceito, na tentativa de favorecer indevidamente algum licitante. Não é por outra razão que a Constituição Federal (artigo 37, inciso XXI) elegeu a licitação pública como forma de contratação de obras, serviços, compras e alienações, com exigência de “igualdade de condições a todos os concorrentes”, ressalvados casos específicos. Quanto ao princípio da moralidade administrativa, este tem como ideia subjacente o conceito de probidade, na medida em que o agente público deve se conduzir visando ao bem coletivo, afastando quaisquer atos que o favoreçam ou beneficiem terceiros, tornando-se pessoalmente responsável pelos atos políticos e administrativos que pratique. A probidade de um servidor público lhe confere o requisito da legitimidade, direcionando sempre sua atuação para o interesse público, seja na prática de atos vinculados, seja na prática de atos discricionários.

O princípio da publicidade outorga segurança jurídica às pessoas físicas e jurídicas e constitui um instrumento de transparência pública.¹⁹ Uma lei, decreto ou qualquer outra norma de interesse geral que não seja publicada transforma-se em “ato secreto”, eivado de evidente suspeita, pois o sigilo poderá ter o intento de favorecer terceiro, que passará a obter do Estado uma informação privilegiada. Assim sendo, a publicação de atos legislativos, judiciais e administrativos é requisito intrínseco e constitutivo de validade desses atos, sobretudo porque não terão vigência enquanto não forem divulgados e, conseqüentemente, não poderão ser cumpridos. Por outro lado, a publicação oficial goza de presunção legal do conhecimento dos atos e fatos de natureza pública e até de natureza privada (atos associativos e societários). A obediência legal passa a ser exigida desde então, pois, segundo o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LICC), “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”.

Por fim, o princípio da eficiência, introduzido pela Constituição Federal de 1988, é uma resposta às nossas carências de gestão pública, às nossas disfunções administrativas, muitas vezes causadas por mazelas próprias e históricas de nossa Administração Pública, inclusive o despre-

19 Ressalve-se a opinião do ilustre jurista Carvalhosa, que considera o princípio um instrumento de moralidade pública.

paro de seus servidores e a deterioração da conduta dos agentes públicos em geral. Contribui para a ineficiência, entre outros fatores, a viciada relação entre certas empresas e o Estado, o descaso no emprego de recursos públicos, a inércia provocada pelo predomínio das formalidades sobre as finalidades do desempenho do administrador, a ausência de medidores adequados para aferir os resultados da ação administrativa e a falta de consciência do valor da produtividade como meta de gestão pública, o que acarreta falhas crônicas no cumprimento dos mínimos objetivos de tutela do interesse público, com a consequente acomodação da máquina burocrática do Estado. Um estado desestruturado torna-se incapaz de atender ao bem comum, afetando áreas essenciais do interesse da população, como saúde e educação, comprometendo os mais elementares direitos da cidadania. Essa disfunção pública cria o clima favorável para a prática da corrupção, na clássica atitude de “criar dificuldades, para vender facilidades”. Os esforços para a modernidade do serviço público devem, portanto, transformar-se em política de Estado, e não mais de governo, pois só assim atender-se-á à vontade do Legislador Constituinte, claramente expressa no texto da Lei Maior.

Passemos, a seguir, a analisar os atos lesivos à Administração Pública tal como conceituados pelo artigo 5º da Lei 12.846/2013. A listagem ali contida é adotada em caráter de *numerus clausus*, ou seja, tem caráter exaustivo, o que significa dizer que, fora das hipóteses estritamente mencionadas na Lei, não há como se configurar uma infração à citada legislação, para fins de aplicação da Lei Anticorrupção. Por outro lado, vale destacar que, quando a Lei diz que a infração atenta contra princípios da Administração Pública, importa dizer que muito mais relevante será o prejuízo jurídico, surgido por presunção legal, decorrente da ofensa aos preceitos que regem aquela Administração, do que o prejuízo econômico ou financeiro porventura verificado.

Podemos definir tais atos em três grupos, assim definidos:

1º GRUPO – ATOS DE CARÁTER GERAL:

Artigo 5º

Inciso I – prometer oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Essa conduta tem um caráter de corrupção em seu sentido estrito, assim entendida aquela que se amolda ao *nomen juris* previsto na Lei criminal. Ela incorpora o sentido técnico e tradicional da corrupção prevista

no artigo 333 do Código Penal. Confira-se a semelhança da redação do artigo 5º, inciso I, da lei 12.846/2013 com a norma penal acima mencionada, ora transcrita:

“Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

De qualquer sorte, seja a iniciativa da corrupção tomada pelo particular ou pelo funcionário público (corrupção passiva, artigo 317 do Código Penal), a empresa sofrerá a penalização objetiva da Lei 12.846/2013 quando ela oferecer, prometer ou dar a vantagem indevida, mesmo por “instigação corruptiva do agente público”, caso em que “a pessoa jurídica opta por uma conduta receptiva como meio para alcançar um benefício próprio”. Nessa circunstância, “a pessoa jurídica é responsável pela comissão omissiva, tanto quanto o é no caso de sua conduta comissiva pura, na medida em que transgrediu gravemente o seu dever jurídico de impedir o resultado danoso ao bem jurídico”.²⁰

A noção de agente público, para os fins estritos da Lei 12.846/2013, compreende todo aquele que tiver cargo, emprego ou função na Administração Pública direta ou indireta federal, estadual ou municipal, se observada rigorosamente a interpretação ditada pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e os critérios de organização administrativa estabelecidos pelo Decreto-Lei 200/1967. Há autores, porém, que ampliam essa interpretação, utilizando-se do conceito de agente público aplicado na Lei da Improbidade Administrativa, que envolve também pessoas equiparadas a agentes públicos que atuem em entidades não pertencentes à Administração Pública, mas que recebam, de alguma forma, subvenções ou receitas públicas.²¹

Por outro lado, a questão de identificar a “terceira pessoa” relacionada a agente público é assunto a ser verificado com prudência, que consistiria, a princípio, no ato de oferecer a vantagem indevida a outra pessoa para, com isso, satisfazer o agente público, levando-o a praticar algum ato escuso, como ocorreria no caso de um hipotético favorecimento ilícito ao filho do agente.

Considerando-se que a responsabilidade da pessoa jurídica é distinta da responsabilidade individual e subjetiva das pessoas físicas (artigo 3º, § 1º, da Lei 12.846/2013), o representante da pessoa jurídica sujeitar-se-á

20 CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 66.

21 PETRELLUZZI e RIZEK, *op. cit.*, p. 63.

às penas do delito que cometeu, enquanto o agente público também será penalizado não apenas pela legislação criminal, mas também por infração funcional e possivelmente pela Lei da Improbidade Administrativa, se configurada atitude ímproba.

Conforme vimos, a Lei fala na prática de ato lesivo, devendo-se entender também a tentativa da prática desse ato. Tanto que o artigo 5º, inciso I, refere-se a prometer e oferecer vantagem indevida a agente público sem que ocorra, necessariamente, o resultado pretendido (ou seja, não precisa que o agente público receba verdadeiramente a vantagem indevida). No Direito Penal chamaríamos essa atitude de crime de mera conduta, em que o resultado é irrelevante.²²

Inciso II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na Lei 12.846/2013.

Embora tenha sido colocada na Lei como um ilícito autônomo, a conduta acima descrita, na verdade, é uma hipótese de coautoria ou de cumplicidade com o agente principal. Utilizando-se o exemplo do inciso I do artigo 5º da Lei 12.846/2013, quem dá o dinheiro ao agente público é o autor principal da corrupção, mas quem financia os recursos que proporcionaram a vantagem ilícita será o seu coautor.

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

Entendemos essa hipótese não como uma ação autônoma, mas de coautoria. Ainda no exemplo do inciso I, o coautor seria uma espécie de “laranja” do corruptor principal.

2º GRUPO – ATOS RELATIVOS A LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Entramos aí na corrupção em seu sentido mais genérico (outras condutas que também atingem a Administração Pública), e não em seu sentido estrito e técnico a que acima aludimos. Citemos as hipóteses legais:

- 1) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

22 POZZO, Antonio Aroldo Ferraz Dal. *Lei Anticorrupção – Apontamentos sobre a Lei 12.846/2013*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

- 2) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- 3) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- 4) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- 5) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- 6) 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; e
- 7) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração Pública.

Como se verifica, a Lei elenca uma série de situações alusivas a licitações e contratos administrativos, a começar pelo ajuste visando fraudar ou frustrar o caráter competitivo de uma licitação pública, conduta conhecida como cartel, em que os concorrentes estabelecem previamente os preços e a divisão de obras e serviços objeto da licitação. Trata-se de prática comum, cujo objetivo é partilhar, entre as diversas pessoas jurídicas, os contratos a serem celebrados com o Poder Público por valor mais vantajoso do que aquele que seria contratado se a licitação fosse regular. Faz-se uma combinação entre os interessados a respeito do conteúdo das propostas, para, a seguir, dividir os serviços, as obras e os fornecimentos. Há uma partição do mercado, em detrimento dos interesses de outros concorrentes, o que permite, durante a “competição”, a obtenção de um ganho maior para o adjudicatário mediante apresentação de preços manipulados. Não raro, faz-se um sistema de “rodízio”, no qual, na licitação “A”, a primeira empresa será “escolhida”, e na licitação “B”, a segunda será “contemplada”, e assim por diante, satisfazendo-se, de cada vez, os interesses de todas as empresas oligopolizadas que pactuaram com a fraude. Cuida-se, aqui, de desvio de finalidade da concorrência pública, em que o núcleo da conduta é a fraude, escondida na prática de atos formalmente legais da licitação pública ou da

contratação administrativa, aparentando o cumprimento da Lei, com que ficam lesados os concorrentes e frustrado o Estado em seu propósito de licitar para atender ao interesse público.

A conduta prevista na alínea *b* do inciso IV do artigo 5º da Lei 12.846/2013 consiste em qualquer ato destinado a obstruir o curso normal do processo de concorrência pública, visando evitar a sua homologação. É conduta que se traduz por requerimentos que buscam, injustificadamente, anular ou protelar certos atos administrativos, inclusive na esfera judicial, se for constatada má-fé e induzimento em erro do julgador.

Em relação à conduta da alínea *c* do mesmo dispositivo, o infrator usa de meios ilícitos para afastar um licitante por fraude seja no edital ou julgamento licitatório, seja subornando seu concorrente para alijá-lo do certame. Outra forma de adotar tal reprovável conduta é a formulação abusiva de exigências no edital, com a utilização de casuísmos que visam afastar esse ou aquele interessado do procedimento licitatório.

Já na alínea *d* do citado dispositivo ocorre uma manipulação ou adulteração de editais, agindo o agente público com desvio de finalidade mediante distorção de leis e regras administrativas, com violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade, para favorecer determinadas empresas. Vale destacar que a fraude no edital atinge irremediavelmente o contrato administrativo que dele é decorrente, o qual sofre vício insanável. Ao contrário, se a fraude se resume ao texto do contrato, não há, necessariamente, contaminação inversa em relação ao edital.

A criação, de forma ilícita, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou contrato administrativo (alínea *e* do inciso I do artigo 5º) é utilizada, muitas vezes, para substituir a participação de empresa proibida de participar de certame licitatório por ter sido incluída no Cadastro de Empresas Inidôneas, previsto no artigo 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Essa nova empresa, por vezes, é do mesmo grupo econômico ou consórcio a que pertence a empresa inidônea, utilizando-se, portanto, interposta pessoa jurídica para contornar a vedação imposta pela Lei.

A respeito da modalidade prevista na alínea *f* do comentado dispositivo, a prorrogação contratual se realiza mediante os conhecidos aditivos contratuais, que muito favorecem o contratado, em prejuízo da Administração Pública, proporcionando à empresa infratora ganhos bem superiores ao valor contratado. Ocorrem, não raro, sucessivas dilatações contratuais que eternizam a entrega de obras, serviços e fornecimento. Infelizmente, trata-se de expediente muito utilizado em nosso país, resultando em vultosos prejuízos, em face de obras inacabadas ou abandonadas. Em outras situações, o prazo contratual é cumprido, mas o

objeto do contrato é modificado no que tange ao preço, à qualidade do material, às condições de execução (medições fraudulentas), sempre em detrimento do interesse público e dos recursos do erário.

Por fim, em relação à letra g do inciso I do artigo 5º (correspondente ao item 7 acima), o fato ali descrito aproxima-se, de certa forma, do fato descrito na alínea f; já que prorrogações contratuais normalmente são feitas para violar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sabemos que pode ocorrer quebra daquele equilíbrio, causada por motivos imprevisíveis, em ambiente de boa-fé, quando o juiz poderá autorizar a correção do “valor real da prestação” sempre que sobrevier manifesta desproporção entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução (artigo 317 do Código Civil). Todavia, a situação prevista na Lei 12.846/2013 pressupõe uma ficção da realidade, pois ali não existe uma verdadeira quebra da equitatividade contratual. Simplesmente, “fabrica-se” um desequilíbrio, uma ficção da realidade, com utilização de diversas manobras fraudulentas, tais como distorção dos cálculos dos custos de uma obra e métodos desonestos de medição de obra e de preços em geral, que são manipulados em favor do contratado, no intuito de obtenção de vantagens indevidas.

Impõe-se recordar que a Lei 8.666/1993 já pune, de forma individual, a responsabilidade subjetiva de pessoas que praticam algumas dessas condutas, tal como previstas em seus artigos 89 e seguintes. A diferença é que, antes, a punição era exclusivamente imputada aos autores dos delitos na condição de pessoas físicas, mas, a partir da vigência da Lei 12.846/2013, seus atos geram, igualmente, punições à empresa que eles representam, por força de sua responsabilidade civil objetiva. Registre-se, por fim, o que dispõe o artigo 30, inciso II, da Lei 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas por essa lei não afeta os processos de responsabilização e incidência de penalidades decorrentes dos atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/1993 ou outras normas de licitação e contratos da administração pública.

3º GRUPO – ATOS PRATICADOS DURANTE INVESTIGAÇÕES DE ÓRGÃOS PÚBLICOS

“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.”

Trata-se de atos nos quais alguém busca obstruir, de alguma maneira, a atividade investigatória do Estado, carreando, a exemplo das hipóteses acima citadas, a responsabilidade jurídica das empresas, bem como a aplicação das respectivas punições. Presume-se, nesse caso, que a investigação seja regular e legítima, pelo que poderá a empresa se opor a essa investigação quando, por exemplo, um fiscal do Ministério do Trabalho que examina o cumprimento de obrigações trabalhistas passar a apurar supostas infrações de natureza financeira, caracterizando-se, aí, uma clara situação de ilegitimidade e abuso da autoridade por infringência a seus limites legais.

7.2. OUTROS ASPECTOS ESSENCIAIS

7.2.1. Do processo administrativo de responsabilização

A normatização detalhada do processo administrativo instaurado para apurar atos lesivos à Administração Pública decorre da consciência atual do Legislador brasileiro de que deve respeitar integralmente os princípios da ampla defesa e do contraditório, incorporados como normas fundamentais da Constituição da República, o que antes não acontecia (artigo 8º). Como relembrou Melillo Dinis,²³ a cultura brasileira em relação aos processos administrativos envolvia certas posturas, tais como abuso da posição do Estado, fixação de uma “responsabilidade prévia” do infrator, servindo o processo apenas como um simulacro, contraditório reduzido ou inexistente e a dificuldade de boa formação do agente público que o habilitasse a presidir adequadamente um procedimento administrativo à luz dos ditames constitucionais.

Somente o tempo reduzirá essas deficiências do aparelhamento processual-administrativo, o que dependerá do empenho constante em se dar efetividade aos princípios emanados da Carta Constitucional, equilibrando as posições entre acusação e defesa e aperfeiçoando o papel dos juízes administrativos, seja pelo indispensável preparo jurídico, seja pela exigência de rigorosa imparcialidade. Em todo processo administrativo o Estado, em regra, é acusador, processante e juiz da questão. A propósito, verifica-se que na área tributária essa matéria vem melhor regulada, pois ali os feitos são julgados numa esfera mais autônoma da Administração Pública, ou seja, pelo Conselho de Recursos Administrativos Fiscais (Carf), cujos órgãos têm, inclusive, composição paritária entre os representantes estatais e os representantes dos contribuintes.

23 FERNANDES e NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 113.

Como foi definido pela Lei Anticorrupção, a instauração e o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica caberá à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos termos do artigo 8º, *caput*, da Lei 12.846/2013. Tal órgão poderá agir de ofício ou mediante provocação.

A autoridade máxima, no entanto, poderá delegar esses poderes de investigação a outra autoridade. Quem instaurar o processo deverá nomear uma comissão formada por, no mínimo, dois servidores públicos estáveis. A Lei fixa o prazo de 180 dias para a conclusão do processo, a partir da data de publicação do ato que instituir aquele colegiado, prazo esse que, por motivos justificados, poderá ser prorrogado (artigo 8º, parágrafo 1º, e artigo 10, *caput* e parágrafos 3º e 4º). Será concedido à pessoa jurídica o prazo de 30 dias para apresentação de peça de defesa. Uma vez concluído o processo, a Comissão processante encaminhará o relatório à autoridade instauradora, para fins de julgamento (artigo 12) e dará conhecimento ao Ministério Público. No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) também está autorizada a instaurar processos, a qual poderá, inclusive, avocar outras investigações que estejam tramitando em qualquer órgão federal. Também a CGU atuará nas hipóteses em que o ato lesivo atingir a Administração Pública estrangeira, caso em que será aplicável a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, aprovado pela OCDE (artigos 8º, § 2º, e 9º).

Realizado o julgamento administrativo, com aplicação de sanções pecuniárias, a empresa será intimada a pagar o valor que vier a ser fixado, sob pena de o crédito ser inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública, para a devida cobrança. Por outro lado, e sem embargo da aplicação daquelas sanções, um novo procedimento administrativo poderá ser instaurado para a reparação de danos porventura causados à Administração Pública (artigo 13, parágrafo único). Em verdade, a Lei trata de maneira distinta a fixação das sanções e o ressarcimento de prejuízos, nada impedindo que tais ônus sejam cumulativamente suportados pelas empresas (artigo 6º, § 3º). Se for vista de uma maneira genérica, a tramitação dos processos administrativos pela Lei 12.846/2013 segue as fases processuais que foram classificadas por Hely Lopes Meirelles,²⁴ ou seja, instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Inexiste, no âmbito administrativo, a chamada fase postulatória, própria dos processos

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 691.

judiciais, já que a autoridade pública pode agir *ex officio*, independentemente da provocação de terceiros.

Cabe, aqui, anotarmos que a questão de se inaugurar um processo administrativo para fixar a reparação dos danos provocados ao erário tem gerado críticas, uma vez que tal providência teria que ser provocada perante o Poder Judiciário, por via da Ação Civil Pública, instituída pela Lei 7.347/1985. Assim sendo, qualquer expediente administrativo nesse sentido há de ser entendido como uma mera avaliação de danos materiais, uma espécie de laudo estimativo de prejuízos que poderá instruir posterior demanda a ser ajuizada pelo Ministério Público, pois a Administração Pública não tem poderes de autotutela para se ressarcir civilmente dos prejuízos por ela sofridos.

Modesto Carvalhosa formula instigante interpretação que pode gerar futuros debates quanto à extensão do poder investigativo em processos administrativos sob a égide da Lei Anticorrupção. Seu raciocínio parte de lições que vão se avolumando em nossa doutrina e jurisprudência, segundo as quais à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o processo penal comum, “em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana” (processo RMS 24.559 PR 2007/0165377-1, julgamento na 5ª Turma do STJ, publicado o acórdão em 1º/02/2010, Relator Ministro Napoleão Maia). Isso porque, como o processo administrativo de que trata a Lei 12.846/2013 é de natureza “sancionatória”, aplicam-se, em consequência, princípios processuais que têm “substância penal”. Nesse sentido, há que se respeitar estritamente a tipicidade da infração, proibindo-se qualquer analogia com outras condutas e respeitando-se a garantia penal segundo a qual o infrator não está obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). As consequências dessa garantia, no entendimento de Carvalhosa, são muito claras, como se percebe do trecho a seguir transcrito.²⁵

“Assim, a pessoa jurídica processada pode escolher não colaborar com as fiscalizações, as investigações e com as requisições feitas no curso do processo penal-administrativo, inclusive de não entregar documentos ou informações, bem como de se recusar a responder ofícios.”

Creemos que a controvérsia sobre tal argumento, a ser dirimida por futura jurisprudência, reside numa circunstância de que, se em relação

25 CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 34.

aos indivíduos a regra da não incriminação pode ser aplicada, resta a indagação sobre se tal princípio pode ser estendido às pessoas jurídicas, já que, conforme dito, seu escopo se dirige, como acima acentuado, à liberdade individual e à dignidade humana. A questão pode suscitar entraves à instrução probatória, pois se a Comissão processante requisitar provas documentais que são acauteladas no interior de uma empresa e esta se recusar a entregá-las, uma investigação pode ser inviabilizada, frustrando-se os objetivos da Lei Anticorrupção e seus intentos moralizadores, em defesa da Administração Pública e do patrimônio público. Mais difícil será, ainda, essa investigação caso se invoque a aplicação subsidiária de regras do novo Código de Processo Civil (artigo 15 do CPC), entre as quais a norma contida no artigo 379 daquele estatuto, segundo a qual à parte (pessoa física ou jurídica) fica preservado o direito de não produzir prova contra si própria.

Embora toda e qualquer sanção derivada da Lei 12.846/2013 seja destinada à empresa, prevê essa lei que possa ser requerida a desconsideração de sua personalidade jurídica para atingir a pessoa física de administradores e sócios com poderes de administração, na forma do artigo 50 do Código Civil. Tal hipótese ocorrerá sempre que houver “abuso de direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei ou para provocar confusão patrimonial” (artigo 14). Note-se que aqui a desconsideração da personalidade jurídica deriva do poder outorgado à autoridade administrativa para sancionar o real infrator, independentemente de prévia apreciação judicial.

Essa circunstância tem sido motivo de questionamentos, pois haveria um contrassenso em relação ao próprio objetivo da Lei 12.846/2013. Com efeito, o intento da Lei é investigar e, eventualmente, punir a pessoa jurídica. Porém, se a autoridade desconsiderar a sua personalidade jurídica para perseguir pessoas físicas, o processo administrativo perde, evidentemente, o seu propósito, até porque de uma investigação dirigida a pessoas físicas não pode resultar nenhuma das punições previstas no artigo 6º da citada lei, que são exclusivamente aplicadas às pessoas jurídicas. Assim sendo, torna-se mais adequado que, em sede judicial, o Ministério Público requeira, na forma do artigo 19, inciso III, da Lei 12.846/2013, a dissolução compulsória da pessoa jurídica, podendo, a partir daí, identificar a responsabilidade individual e subjetiva de pessoas físicas que poderão ser processadas por suas ações, inclusive crimes que tiverem cometido, dentro da legislação específica que lhes for aplicável (por exemplo, Código Penal, Lei de Licitações, Lei da Lavagem de Dinheiro).

7.2.2 – Das punições aplicadas nos processos administrativos. Dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Aplicam-se na esfera administrativa as punições previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013, a saber:

- I) multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício da empresa, antes de instaurado o processo administrativo, excluídos os tributos. Essa multa nunca poderá ser inferior à vantagem ilícita auferida pela empresa, se for possível estimá-la. Não sendo possível, por qualquer motivo, a utilização do valor do faturamento bruto, as multas serão graduadas entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais); e
- II) publicação extraordinária da decisão condenatória nos meios de comunicação de grande circulação no local da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, “na sua falta”, em publicação de circulação nacional. Também foi prevista a fixação de edital noticiando a condenação no estabelecimento comercial da empresa ou no local de exercício de sua atividade, sem prejuízo de sua divulgação pela internet.

A pessoa jurídica, enquanto tramita o processo administrativo, terá a plena faculdade de contestar a imputação, usando as garantias constitucionais do direito de defesa e do contraditório. Não obstante, se for condenada e se houver exacerbação da pena aplicada, poderá utilizar a seu favor a razoabilidade e a proporcionalidade, que são princípios implícitos da Constituição Federal. O primeiro impõe limites à discricionariedade do Administrador, devendo este justificar os motivos determinantes de uma condenação administrativa, cujos parâmetros deverão ser a adequação e a compatibilidade com a finalidade específica da Lei. O segundo diz respeito aos meios utilizados pelo Poder Público, que podem ser demasiadamente rigorosos para atingir tal finalidade, sendo, portanto, necessário fixar-se um equilíbrio entre tais meios e o interesse público a ser tutelado.

Atenta aos riscos que poderão advir de eventual decisão arbitrária e desproporcional da autoridade encarregada de aplicar a punição administrativa, a Lei estabeleceu uma cuidadosa dosimetria da pena, criando

diversos critérios que vão nortear o grau sancionatório das punições. Por outro lado, exige-se que a aplicação das sanções seja fundamentada e precedida de manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica do ente público (artigo 6, § 2º). As sanções serão aplicadas de forma isolada ou cumulativa, e não excluem, em qualquer hipótese, a obrigação de reparação integral do dano causado (artigo 6º, §§ 1º e 3º).

São os seguintes os fatos que serão levados em consideração na aplicação das sanções (artigo 7º):

- ▶ a gravidade da infração;
- ▶ a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- ▶ a consumação ou não da infração;
- ▶ 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;
- ▶ 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; e
- ▶ o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

A gravidade da infração deve levar em conta a maior ou menor lesão à moralidade administrativa, tendo em vista a função básica do Estado, voltada para tutelar o interesse coletivo. Será diferente, portanto, o tratamento dado a uma empresa que tenha criado, num determinado órgão público, uma rede sistêmica de corrupção e a outra empresa que tenha cometido um pecado eventual, consistente em fato isolado de suborno a funcionário público. Por outro lado, contribui para agravar a sanção

o fato de que o agente público corrompido seja da alta esfera da Administração, como um governador ou um secretário, por exemplo, já que, nesse caso, ficam atingidas com maior intensidade a credibilidade e a respeitabilidade do Estado. Quanto à utilização do critério previsto no item “b” acima, o infrator será punido independentemente de ter o agente público recebido ou não algum benefício econômico, pois o inciso II do artigo 7º fala não apenas em “vantagem auferida”, mas também na vantagem simplesmente “pretendida”. Comparativamente, equivale ao crime de mera conduta, em que o resultado é irrelevante.

A autoridade administrativa deve considerar também a consumação ou não do delito corruptivo (artigo 7º, inciso III). O festejado professor Carvalhosa²⁶ entende que a não consumação da infração ocorrerá quando houver “resistência do agente público” que se buscou corromper, o que levaria à “absolvição” do infrator. Acreditamos, no entanto, que se trata de opinião não aplicável a todos os casos. Podemos usar como exemplo a hipótese do artigo 5º, inciso I, da Lei 12.846/2013, em que a empresa, representada por alguém que age em seu nome, prometa ou ofereça vantagem indevida ao agente público. Mesmo que este, por sua honestidade, recuse-se a “cair em tentação”, tal fato não pode ser motivo de absolvição, porque a ação mal-intencionada do corruptor é suficiente para tipificar o ato lesivo, independentemente da vontade daquele que se pretende corromper.

Na área estritamente criminal podemos utilizar os conceitos do Código Penal previstos em seu artigo 14, que diferenciam o crime consumado do crime tentado. Assim sendo, não haveria consumação do crime, e sim mera tentativa, quando o delinquente inicia a execução do delito, mas este “não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” (artigo 14, inciso II). No entanto, segundo o citado mestre, essa dicotomia não pode ser utilizada para os fins do inciso III do artigo 7º da Lei Anticorrupção, pois esse dispositivo agasalha delito formal, em que não há a figura da tentativa.²⁷

Temos, nos incisos IV e V do artigo 5º, dois fatores elencados pela Lei: o grau de lesão ou perigo de lesão e o efeito negativo produzido pela infração. A lesão pode ser considerada sob a exclusiva ótica da moralidade administrativa, em que ela será apreciada a partir do ferimento à credibilidade do Estado, à segurança jurídica e à confiança da coletividade. Mas também deve ser considerada sob a ótica patrimonial, sempre que houver danos materiais ao erário, pois não há como

26 *Ibid.*, p. 313.

27 *Ibid.*, p. 344.

se punir igualmente alguém que provoca um prejuízo menor ao patrimônio público, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), enquanto outro gera uma perda financeira no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Já o efeito negativo da conduta corruptiva pode ser medido por parâmetros semelhantes ao fator previsto no inciso I do artigo 5º (a gravidade da infração), quando será importante examinarmos não apenas a extensão da prática corruptiva no seio da Administração Pública, mas também a categoria dos agentes públicos envolvidos. O efeito negativo se disseminará muito mais se o mau exemplo vier de cima, ou seja, quando altas autoridades do Estado estiverem interagindo com a pessoa jurídica na prática da corrupção. Por sua vez, a respeito da “situação econômica do infrator”, essa circunstância está vinculada ao nível econômico da pessoa jurídica em relação às atividades empresariais que se praticam no País, havendo de se perquirir, portanto, a posição da pessoa jurídica em seu grau de grandeza, valendo aí a oportuna distinção entre grandes, médias, pequenas e microempresas, bem como a participação de grupos econômicos nos atos ilícitos que vierem a ser demonstrados.

O inciso VII do artigo 7º trata da “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”, assunto que será tratado no capítulo referente ao Acordo de Leniência. Por seu turno, o inciso VIII do mesmo artigo se refere a condutas da pessoa jurídica que visem, na medida do possível, eliminar práticas corruptas por mecanismos de prevenção, que se traduzem nos Programas de Conformidade ou Programas de Compliance, também objeto de capítulo em separado. Em consonância com o artigo 7º, parágrafo único, essa matéria foi regulamentada pela Presidente da República com a edição do Decreto 8.420/2015.

Por fim, o inciso IX do artigo 5º menciona como fator que influencia a sanção administrativa “o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”. Essa circunstância parece indicar a necessidade de aferição do dano patrimonial a partir dos valores contratuais envolvidos, bem como, em paralelo, um exame sobre a quantidade de contratos de uma mesma pessoa jurídica com um mesmo órgão público, sintoma que poderá indicar, eventualmente, conluio nas contratações, se essas forem frequentes e direcionadas a uma mesma empresa.

Finalizando, podemos asseverar que o processo administrativo previsto no artigo 10 da Lei 12.846/2013 se propõe a viabilizar o direito de punir (*jus puniendi*) garantido ao Estado sempre que se verificar a ocorrência de infração à aludida Lei. No entanto, como antes afirmado,

ao aplicar eventuais sanções, o Estado terá que respeitar cânones constitucionais relativos ao direito de defesa e do exercício do contraditório, observando rigidamente a tipicidade da infração em consonância com a descrição legal e permitindo a chamada dilação probatória, quando se faculta à pessoa jurídica processada a possibilidade de apresentar provas para impugnar a imputação que lhe for feita. Uma condenação deve ser fundamentada e, portanto, calcada no chamado juízo de certeza e na segurança jurídica, não se admitindo, portanto, condenações se houver dúvidas quanto à responsabilidade do suposto infrator (aplicação do brocardo *in dubio pro reo*). Ademais, conforme dito, será necessário utilizar-se a devida moderação na dosagem da pena, levando-se sempre em conta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e ainda da impessoalidade e imparcialidade do julgador. Sempre será facultado o socorro do Poder Judiciário, seja em favor da autoridade processante, quando medidas judiciais forem necessárias “para a investigação e o processamento das infrações, inclusive busca e apreensão” (artigo 10, § 1º), seja em favor do investigado que enxergar na autoridade atos de abuso de poder.

7.2.3 Da instauração de processos judiciais

A responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização no âmbito judicial (artigo 18). Nesse caso, opera-se a dupla sanção: a de caráter essencialmente punitiva (a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória, artigo 6º, incisos I e II) e a ressarcitória, visando ao pagamento de indenização ao Estado.

Por essa razão, a empresa poderá ser processada no Poder Judiciário pela prática de atos lesivos à Administração Pública, sendo legítimos para o ajuizamento da demanda a União, os Estados, os Municípios e o Ministério Público. Nesse caso, o ente legitimado buscará a reparação integral do dano causado pelo ilícito (artigo 21, parágrafo único).

Vale salientar que a primeira condenação, de âmbito puramente administrativo, impõe sanções que se destinam a preservar a moralidade administrativa e derivam do *jus puniendi* atribuído ao Estado, mas também tem o condão de tornar certa a obrigação de indenizar o Poder Público pelos danos materiais que lhe foram porventura infligidos.²⁸ Eis porque, com base nas investigações preteritamente realizadas pela “autoridade máxima” ou pela CGU, o Ministério Público ou qualquer outro legitima-

28 E também danos morais, segundo entende CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 394.

do não mais precisará revolver a matéria fática, buscando simplesmente na Justiça sua pretensão de ressarcimento dos prejuízos derivados do ato ilícito. Em consequência, e salvo se houver a arguição, pelo infrator, de vícios legais insanáveis existentes no processo administrativo, não mais se discutirá, no âmbito judicial, a conduta corruptiva da pessoa jurídica, partindo-se de imediato para o debate sobre o valor da indenização a ser paga e ainda a respeito do cabimento das sanções judiciais que vierem a ser requeridas por qualquer ente legitimado. Desse modo, os fundamentos fáticos da condenação administrativa tornam-se prova pré-constituída dos ilícitos corruptivos, visando caracterizar em juízo a responsabilidade civil e a incidência de sanções decorrentes da ação infratora.

Tratando-se de infração que envolva como responsáveis empresas do mesmo grupo econômico, poderá se tornar ré a empresa infratora, e, como litisconsortes passivas, as demais empresas, vedada a inclusão no polo passivo da ação de pessoas físicas que agiram *contra legem*, pois estas, conforme vimos, respondem por ilícitos cometidos com culpa subjetiva, não sendo, portanto, alcançadas pelas sanções previstas pela Lei Anticorrupção, exclusivamente aplicáveis às pessoas jurídicas. Se julgada procedente a ação, a condenação ensejará as seguintes sanções, que poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa (artigo 19, *caput*, e incisos I a IV e parágrafos 1º, incisos I e II, e 3º):

- a) Perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtido da infração.

Torna-se, aqui, oportuno assinalarmos que perdimento de bens, de caráter confiscatório, não é sinônimo de reparação do dano ao patrimônio público. São situações distintas, perfeitamente diferenciadas no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal. Imagine-se que uma empresa tenha sido vencedora como concessionária de uma rodovia federal, após prévia combinação irregular de preços entre os participantes da licitação. As vantagens que a empresa infratora auferiu durante determinado período com a cobrança do pedágio aos veículos que transitaram pela estrada de rodagem não prejudicou a Fazenda Pública, mas sim terceiros, quais sejam as pessoas que pagaram os valores daquela cobrança ao viajarem naquela rodovia. Não obstante, verificado o ilícito, determina-se o perdimento da quantia correspondente àquela

cobrança em favor do erário, sem prejuízo de se pleitear, simultaneamente, a reparação pelos reais prejuízos da União em decorrência de certame licitatório fraudulento. Por sua vez, ocorrência efetiva de dano ao erário precisa ser claramente identificada, como se verifica da lição da doutrina, em hipótese que indica superfaturamento de preços em licitação:²⁹

“Em primeiro lugar, para que se possa cogitar de dano, é preciso que o ato lesivo à Administração Pública tenha provocado um prejuízo efetivo ao erário; como o ilícito não pode envolver servidor público, pois nesse caso estaríamos na seara da Lei da Improbidade Administrativa, é necessário que a manobra da pessoa jurídica ou das pessoas jurídicas se realize apenas entre os particulares, como, por exemplo, o conluio pelo direcionamento de uma licitação.

Descoberto o conluio, é possível que tenha ocorrido o dano ao erário, pois, numa licitação livre desse direcionamento, poderia ter aparecido uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública, que é um dos objetivos do certame. Todavia, essa é uma mera possibilidade – cabe ao autor provar que o preço contratado na licitação fraudada é superior ao do mercado.”

A propósito, cabe aqui uma observação em relação à quantificação da indenização judicial a ser exigida da empresa infratora, a ser avaliada caso a caso. Por exemplo, se uma construtora, na execução de uma obra pública, manipula o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, causando lesão econômica à União, a empresa não terá que devolver o valor integral da obra realizada, mas apenas o valor correspondente ao excesso representativo do seu locupletamento ilícito, suportado pelo Poder Público. Foi exatamente o excesso que constituiu o enriquecimento indevido, sem prejuízo da cumulatidade dessa obrigação com as sanções administrativas aplicadas pela autoridade pública e as demais sanções judiciais que

29 POZZO, *op. cit.*, p. 85.

porventura sofrer (por exemplo, a empresa é condenada a restituir o proveito ilegal e sofre, ainda, interdição parcial de suas atividades, vide artigo 19, § 3º). Essa fórmula de quantificação se ajusta exatamente a princípios de razoabilidade e proporcionalidade, que devem vigorar na aplicação de qualquer lei, evitando exacerbação do *quantum* da condenação.

- b) Suspensão ou interdição parcial de suas atividades.

Na incidência dessa sanção, deve-se, igualmente, aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que a punição deve ser equivalente à extensão e à gravidade do ato lesivo à Administração Pública. Trata-se de providência de caráter excepcional, aplicável somente quando essa medida for relevante socialmente, sobretudo se a conduta infratora puder se perpetuar em desfavor do interesse público.

- c) 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 de um ano e máximo de 5 anos. Trata-se de penalidade rigorosa, sobretudo se a empresa for costumeira na obtenção de financiamentos públicos para o desenvolvimento de suas atividades. Note-se, porém, que essa proibição não chega ao extremo de proibir a empresa de contratar serviços ou obras com o Poder Público e, conseqüentemente, participar de certames licitatórios ou mesmo contratar diretamente com a Administração Pública, em caso de inexigibilidade de licitação. A expressão Poder Público há de ser entendida de forma ampla, abrangendo a Administração Pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal.³⁰

- d) Dissolução da pessoa jurídica.

No entanto, se a personalidade jurídica da empresa for utilizada de forma habitual para facilitar ou promover

a prática de atos ilícitos ou se ela for constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a Justiça poderá aplicar a “pena capital”, a punição máxima, qual seja a dissolução da empresa. São casos extremos, identificados nas situações em que a empresa é “costumeiramente corrupta”, ou seja, quando a corrupção se transforma no *modus operandi* permanente de sua atuação.

Diferentemente da reparação dos danos sofridos pelo Poder Público e do perdimento de bens, que serão necessariamente objeto da condenação, caso o juiz assim entenda cabíveis, a aplicação das demais sanções ficará sob a discricionariedade do magistrado, e estas poderão ou não ser fixadas em sentença, dependendo da gravidade da conduta da empresa. É matéria, portanto, que fica ao prudente arbítrio do Juízo, o qual poderá decidir por não fixá-las, se entender pelo baixo potencial ofensivo do dano causado ao Estado.

Outras normas foram instituídas pela Lei 12.846/2013 em relação aos processos judiciais para amparar os interesses da Administração Pública. O órgão legitimado para ingressar com a demanda poderá, em caráter preventivo e visando salvaguardar os interesses do erário, requerer a indisponibilidade de bens, direitos e valores pertencentes ao possível infrator, no propósito de garantir o pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (artigo 19, § 4º). Por outro lado, em ações ajuizadas pelo Ministério Público, verificado que a autoridade administrativa foi omissa em aplicar sanções à empresa infratora, essas poderão ser aplicadas em conjunto com as penalidades judiciais a que acima aludimos (artigo 20).

7.2.4 – Do Cadastro Nacional de Empresas Punidas e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis). Disposições Gerais da Lei 8.246/2013

Ainda em relação às punições sofridas pelas empresas, elas serão divulgadas por meio de um cadastro do Poder Executivo Federal denominado Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) (artigo 22). Outrossim, sempre que um órgão do Poder Executivo, Legislativo ou

Judiciário das esferas municipal, estadual e federal aplicar sanções com base na Lei 12.846/2013, deverá informar ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), nos termos dos artigos 87 e 88 da Lei 8.666/1993.

As infrações à Lei Anticorrupção prescrevem em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado. Instaurado um processo administrativo ou judicial, a prescrição será interrompida na data de sua instauração, a partir da qual recomeça o novo lapso prescricional. As regras estabelecidas pela Lei 12.846/2013 não excluem as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica. Ademais, a aplicação das sanções legais acima elencadas não afeta a responsabilização e as penalidades dos autores de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) e de delitos alcançados pela Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações).

8.

DO ACORDO DE LENIÊNCIA E SUAS VANTAGENS

As empresas que estejam sendo responsabilizadas objetivamente por atos de corrupção praticados por seus representantes, empregados, gestores e terceiros poderão celebrar um Acordo de Leniência com a autoridade administrativa, o que reduzirá a sanção que lhe for imposta. O Acordo de Leniência envolve um compromisso efetivo de colaborar com as investigações realizadas pela autoridade administrativa e apresenta certa semelhança com o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Também apresenta semelhança com a delação premiada, distinguindo-se desta pelo fato de ser aplicada a pessoas físicas, enquanto o Acordo de Leniência é restrito às pessoas jurídicas.

Esse Acordo foi introduzido no Direito brasileiro pela Lei 10.149/2000, com aplicabilidade nas infrações de caráter econômico e concorrencial, e foi mantido pelo artigo 86 da Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, favorecendo os infratores com redução de um a dois terços da penalidade aplicável e até mesmo com a extinção da ação punitiva aplicada pela Administração Pública. Na legislação anticorrupção não há extinção ou perdão de qualquer espécie da punição, mas apenas redução da penalidade e concessão de certos benefícios.

Alguns doutrinadores apontam resistências a esse Acordo, por razões culturais e de tradição jurídica. Fernando Castelo Branco³¹ é um desses autores que destilam forte crítica ao instituto:

31 CASTELO BRANCO, Fernandes. “Crimes Econômicos e Processo Penal – Reflexões sobre o Acordo de Leniência”. *Apud*. PETRELLUZZI e RIZEK JUNIOR, *ibid.*, p. 91.

“À medida em que se agrava a falência da capacidade investigatória do Estado e, proporcionalmente, cresce a sensação de impunidade, procuram-se soluções que possam trazer, na prática, resultados imediatos, preferencialmente publicistas e panfletários, capazes de apaziguar as angústias sociais. Pouco ou nada importam as questões éticas, vistas apenas como pequenos obstáculos a serem transpostos em busca do objetivo maior, consubstanciado na rápida prestação jurisdicional, seja ela qual for (...) Portanto, o Acordo de Leniência apresenta-se como forte instrumento desagregador da inter-relação da moral com o Direito.”

Polêmicas à parte, cumpre registrar que, no Brasil, o assunto, embora tenha sido posto em evidência pela mídia diante das reportagens sobre a chamada Operação Lava Jato, é relativamente pouco conhecido, conquanto tenha precedente na legislação acima citada. Nos Estados Unidos da América tal instituto tem larga aplicação, já que a resistência cultural é menor, tendo sido criado, a partir de 1993, o Programa de Leniência Corporativa (Amnesty Program) na área concorrencial, concedendo-se a leniência automática caso não exista conhecimento e investigação da infração previamente à espontânea manifestação da pessoa jurídica. Em certas circunstâncias, esse Programa pode se estender também a infrações que já estavam sendo investigadas.

Pela Lei 12.846/2013 existem algumas condições para se celebrar esse acordo, pois da colaboração prestada deve resultar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a “obtenção célere” de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Há requisitos que precisam ser cumulativamente preenchidos para a celebração do Acordo de Leniência, a saber:

- a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do Acordo; e
- c) a pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito e cooperar “plena e permanentemente” com as investigações.

A título de mero registro, notamos uma imperfeição redacional no inciso I do § 1º do artigo 16, visto que não ficou suficientemente claro o que significa “a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”. Melhor seria que o referido inciso reproduzisse o programa de leniência norte-americano, estipulando que caberia à pessoa jurídica informar previamente à autoridade fatos inéditos, ainda não compreendidos na investigação e, conseqüentemente, desconhecidos da autoridade. Com efeito, se o fato já era previamente conhecido, a empresa não estará prestando nenhuma colaboração, mas praticando mero *bis in idem*.

O Acordo de Leniência vai fixar as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração da empresa, de forma a permitir um resultado concreto da apuração, mas não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (artigo 16, §§ 3º e 4º). Seu instrumento deverá ser celebrado entre a pessoa jurídica e a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública (artigo 16, *caput*), mas a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrá-lo no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira (artigo 16, § 10). No entanto, se a proposta do referido Acordo for rejeitada, não se poderá considerar qualquer ato de colaboração da empresa como confissão de prática do ato ilícito investigado. Não obstante, se o Acordo for descumprido, a parte que o celebrou ficará impedida de celebrar novo Acordo pelo prazo de três anos a partir do seu descumprimento (artigo 16, §§ 7º e 8º).

O referido Acordo propicia algumas vantagens. Ele isentará a empresa da publicação extraordinária da decisão condenatória nos meios de divulgação e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de que trata o inciso IV do artigo 19 da Lei 12.846/2013. Outro benefício consiste na redução em até 2/3 da multa aplicável por atos lesivos à Administração Pública (artigo 16, § 2º).

Se no Acordo de Leniência a pessoa jurídica indicar delitos praticados por pessoas físicas e agentes públicos, estes não poderão integrar o referido Acordo e ficarão sujeitos, em razão da responsabilidade individual e subjetiva de cada um, à legislação penal própria, e, no caso de agente público, à Lei de Improbidade Administrativa. Nada impede, porém, que, diante das informações prestadas no Acordo, outras pessoas jurídicas sejam envolvidas na investigação realizada pela Administração Pública, as quais serão igualmente processadas pelos novos fatos que vierem a ser revelados.

9.

O PROGRAMA DE COMPLIANCE. SEUS PRINCÍPIOS E OBJETIVOS. ORIENTAÇÕES PRÁTICAS PARA AS EMPRESAS

O Programa de Compliance é a melhor fórmula que a empresa pode adotar para se prevenir contra a responsabilidade objetiva civil e administrativa prevista na Lei 12.846/2013. Trata-se de providência utilizada internacionalmente pelas empresas em geral para se imunizarem em relação aos atos de corrupção praticados por seus dirigentes, empregados e representantes em geral e constitui importante mecanismo interno de controle para evitar as sanções legais. Não será, evidentemente, uma imunização absoluta, já que situações imprevisíveis podem ocorrer, apesar das medidas preventivas adotadas. Não obstante, tal programa reduz a incidência de atos lesivos à Administração Pública e será aproveitado como fator de atenuação da responsabilidade da empresa que estiver sendo processada pela prática dos atos previstos no artigo 5º da Lei 12.846/2013. O Programa foi regulamentado pelo Poder Executivo federal, nos termos do Decreto 8.420, de 18 de março de 2015.

A introdução do Programa de Compliance no Brasil segue a linha de outros países que elaboraram legislação interna sobre o combate à corrupção, à luz das Convenções Internacionais a que já nos referimos. O Compliance previsto na Lei 12.846/2013 (artigo 7º, inciso VIII) nada mais é do que um programa de governança corporativa com um viés voltado para neutralizar atos corruptos praticados no ambiente empresarial, numa perspectiva proativa de, na medida do possível, erradicar tais

condutas. Ele vem sendo dinamizado em nível internacional, mediante previsão de rigorosas normas que reprimem tais atos. Bruno Maeda, especialista na matéria, observa esse fenômeno em artigo sobre o tema:³²

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

Podemos definir Compliance como um conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e implementar princípios de ética no ambiente empresarial. É um programa que tem um sentido amplo, já que é direcionado a prevenir irregularidades, não conformidades e fraudes corporativas em geral, mas seu significado recrudescer a partir da Lei 12.846/2013, pois a empresa terá também que instituir novas práticas e normas voltadas especificamente a evitar a ocorrência de atos lesivos à Administração Pública.

O monitoramento constante e a orientação a órgãos e pessoas integrantes de uma empresa passarão a se constituir num diferencial positivo para aquela corporação, que aprenderá a investigar a si mesma num exercício de autoconhecimento que pode se transformar numa cultura positiva em favor de um empreendedorismo ético. Já existe, atualmente, a prática de determinadas companhias que buscam levantar informações sobre a estrutura de compliance de seus parceiros antes de firmarem compromissos, sobretudo empresas estrangeiras que desejam fazer negócios no Brasil, mas que têm que respeitar uma regulação específica sobre o assunto por pressão das Leis de seus respectivos países. Por sua vez, as instituições financeiras, não raro, consideram esse tema como parte de avaliação de risco de seus potenciais clientes.³³

O Programa de Compliance, portanto, *tem dois objetivos*:

- a) evitar, na medida do possível, a prática de atos corruptos

32 COSTA, *in*: DEBBIO, MAEDA e AYRES, *op. cit.*, p. 201.

33 SUSS, Samuel. “Compliance – Auxílio no Combate à Corrupção”. *In: Revista Jurídica Consulex*, n. 432, jan. 2015, p. 66.

no seio corporativo, visando excluir a empresa das sanções previstas na Lei 12.846/2013; e

- b) se, malgrado as medidas preventivas adotadas, for constatado um caso de corrupção numa empresa, nas hipóteses previstas no artigo 5º da referida lei, o Programa servirá como redutor das sanções decorrentes da responsabilidade objetiva a ser imputada à empresa.

9.1 - O PROGRAMA DE COMPLIANCE. CONSIDERAÇÕES INICIAIS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. EXEMPLOS DE PUNIÇÕES APLICADAS ÀS EMPRESAS POR VIOLAÇÃO A NORMAS ANTICORRUPÇÃO

A empresa que adotar tal programa deverá elaborá-lo de forma estritamente técnica, com o auxílio de profissionais da área do Direito, de empresas de auditoria e de especialistas na área de gestão privada. Vale lembrar, pela experiência norte-americana, o rigor com que o Compliance é exigido nos EUA, ficando claro, pelas Diretrizes estabelecidas pelo Departamento de Justiça americano em relação ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) – denominadas *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* –, que não serão aceitos meros “programas de papel”, e sim programas efetivos e robustos de prevenção e anticorrupção. Existe também nos EUA um outro documento, denominado *US Sentencing Guidelines*, que visa estabelecer critérios de uniformidade para a aplicação de sanções pelas autoridades norte-americanas e que acolhe o Compliance como fator que contribui para provocar a redução de penalidades ou até mesmo para excluí-las. Por outro lado, o referido documento apresenta os elementos mínimos para que tais programas sejam considerados efetivos.³⁴

Também no Direito norte-americano encontramos a Lei denominada Sarbanes-Oxley, aprovada em 2002, que estabelece certas exigências financeiras para que empresas possam ser negociadas publicamente. Ela determina, ainda, requisitos para fins de apresentação de relatórios correspondentes aos controles internos das empresas, instituindo, igualmente, mecanismos, inclusive criminais, para a responsabilização de executivos, conselheiros e auditores que fornecerem informações imprecisas sobre a realidade econômica e contábil de uma empresa. O Uk Bribery Act constitui a principal referência legislativa do Reino Unido sobre legisla-

34 COSTA, in: DEBBIO, MAEDA e AYRES, *op. cit.*, p. 173.

ção dessa natureza, punindo empresas que falhem nos mecanismos de prevenção contra atos de corrupção, especialmente com a imposição de multas. Todavia, a UK Bribery Act reconhece como “defesa absoluta”,³⁵ capaz de isentar a responsabilidade da empresa, a existência de “procedimentos adequados” que possam evitar as práticas ilícitas previstas na legislação. Aqui, nota-se clara diferenciação em relação à legislação brasileira, na qual o Compliance não “perdoa” empresas responsáveis pela corrupção, sendo apenas um mecanismo de gradação da pena, aplicável como fator de atenuação da sanção que esta vier a sofrer.

Em relação à Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, aquela organização publicou um documento denominado *Good Practices on Internal Control, Ethics and Compliance*, o qual firmou alguns princípios que, conquanto não obrigatórios, servem de parâmetro para as empresas para o cumprimento das obrigações contidas na citada convenção. Outras entidades existentes no mundo que fomentam a ética e a integridade corporativa também divulgam regras que reproduzem boas práticas para a elaboração de um programa de Compliance, tal como a *Transparência Internacional*, que emitiu o documento *Nove Princípios Empresariais para Combater Corrupção*.

O rigor das sanções aplicadas em outros países impressiona, diante do vulto econômico das penalidades. O quadro a seguir bem ilustra essa realidade, impondo às empresas ações preventivas que minimizem punições por violações legais.³⁶

O Custo da Corrupção e da Fraude

Empresa	Ano	Casos	Multa
Siemens	2008	A Siemens, empresa de manufatura alemã, esteve envolvida em atos de corrupção com funcionários do governo e atos de falsificação de seus livros e registros contábeis para ocultar o pagamento de subornos.	US\$ 800 milhões

³⁵ *Ibid.*, p. 175.

³⁶ Quadro publicado pela KPMG.

Empresa	Ano	Casos	Multa
KBR	2009	A KBR, empresa norte-americana de construção, a Technip S.A., empresa francesa de engenharia, a ENI/Snamprogetti e a JGC foram acusadas de subornar funcionários do governo da Nigéria.	US\$ 579 milhões
BAE Systems	2010	Empreiteira contratista inglesa, foi acusada de subornar funcionários públicos na Arábia Saudita, na República Checa e na Hungria.	US\$ 400 milhões
Eni Snamprogetti	2010	A ENI/Snamprogetti, empresa francesa de engenharia, a Technip, a KBR e a JGC foram acusadas de subornar o governo da Nigéria.	US\$ 365 milhões
Technip	2010	A Technip S.A., empresa francesa de engenharia, a KBR, a ENI/Snamprogetti e a JGC foram acusadas de subornar o governo da Nigéria.	US\$ 338 milhões
JGC	2011	A JGC, empresa japonesa de construção, a Technip, a KBR e a ENI/Snamprogetti foram acusadas de subornar o governo da Nigéria.	US\$ 218 milhões
Daimler	2010	Empresa alemã fabricante de automóveis, foi acusada de subornar funcionários do governo da Rússia, da Croácia e da China para obter contratos de compra de caminhões de bombeiros e outros veículos comerciais.	US\$ 185 milhões

Empresa	Ano	Casos	Multa
Alcatel-Lucent	2010	Empresa francesa de fabricação de equipamentos de telecomunicação, foi acusada de pagar subornos a funcionários do governo na Costa Rica, em Honduras, na Malásia e em Taiwan para vencer contratos na América Latina e na Ásia.	US\$ 137 milhões
T Magvar Telekom	2011	Empresa de telecomunicações, foi acusada de pagar subornos a funcionários do governo da Macedônia e de Montenegro e pela falsificação de seus livros e registros contábeis para ocultar o pagamento de subornos.	US\$ 95 milhões
Panalpina On Continente	2010	Empresa suíça de serviços de transporte e logística, foi acusada de subornar funcionários do governo na Nigéria, em Angola, no Brasil, na Rússia e no Cazaquistão.	US\$ 82 milhões

Fonte: KPMG Consultoria Ltda.

Punições/Sanções

As multas e a quantidade de pessoas punidas pela Lei americana aumentaram drasticamente desde 2002.

Ano	Casos abertos	Valor total das multas*	Pessoas punidas
2002	2	2,7	6
2003	0	0	6
2004	3	28,2	2

Ano	Casos abertos	Valor total das multas*	Pessoas punidas
2005	5	36,3	8
2006	4	87,2	9
2007	13	155,1	17
2008	11	803	16
2009	10	579	41
2010	20	1.782	18
2011	16	508,8	24
2012	12	260,6	7
2013	9	720,7	19

** Em USD milhões,
nas esferas cível e cri-
minal*

*Fonte: FCPA Digest
2014, Shearman&
Sterling LLP*

Fonte: empresa Arcelor/Mittal

Não há “receita de bolo” para a elaboração de um Programa de Compliance, pois este varia de acordo com a dimensão, a complexidade e os objetivos das atividades empresariais. Tais programas também não devem ser onerosos e burocráticos, o que acabaria por inviabilizar a sua implementação. Vale, no entanto, a experiência internacional, da qual decorrem alguns princípios e procedimentos adiante mencionados.

Na busca de definições que nos auxiliem a estabelecer condutas, alguns entendem ética como um conjunto de princípios, enquanto a moral seria um conjunto de valores. A questão da diferenciação entre tais conceitos, já trabalhada por tantos filósofos desde a Antiguidade, não será tratada aqui, salvo para nos arriscarmos a dizer que os valores precedem a ética, ao menos no “mundo do Compliance”. Isso porque, antes de instituir qualquer programa dessa natureza, é importante divulgar previamente para todos os que integram a empresa, bem como para seus parceiros, os principais valores corporativos, tais como Integridade, Responsabilidade, Inovação, Colaboração, Tolerância zero com subornos, Honestidade, Justiça, Transparência, entre tantos outros. A conscientização permanente sobre esses valores pelos dirigentes, empregados e co-

laboradores de uma empresa permitirá, a partir daí, a instituição de um Código de Conduta, este sim voltado para princípios de ética. Valores, ética e normas, internas e legais, constituem uma trilogia sobre a qual se constrói um Programa de Compliance bem estruturado e voltado para a autovigilância, a partir do lema “Prevenir, detectar e responder aos riscos da corrupção”.

Vejam os principais aspectos a serem incorporados num Programa de Compliance:

I - SUPORTE DA ALTA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA

A Alta Administração de uma empresa deve prestigiar sua reputação e sua cultura organizacional, engajando-se para que ambas sejam respeitadas e deixando clara para seus empregados a necessidade do cumprimento de normas legais e éticas na realização de negócios (procedimento conhecido como *tone from the top*). Ou seja, a mensagem deve ser de comprometimento de seus dirigentes em relação a uma conduta ética da empresa, em paralelo à obtenção de suas metas comerciais. Em grandes corporações, essa mensagem não deve se originar apenas de sua matriz, mas também dos líderes locais de suas filiais e demais unidades.

Para tanto, seus dirigentes devem ser assessorados por uma equipe de confiança de executivos de elevado nível hierárquico que tenham autonomia para implementar todas as medidas necessárias ao Compliance, mediante contatos frequentes com os mais elevados órgãos de governança da empresa. A essa equipe deve ser assegurado livre acesso aos empregados em geral, para que eles, de forma confidencial, possam relatar anomalias verificadas na empresa. Tais executivos devem comunicar à Alta Administração e aos auditores das empresas as deficiências verificadas nos controles internos e a existência de fraudes que envolvam a atuação de empregados e outros representantes que atuem em nome da empresa, entre outras irregularidades e ilícitos que encontrar.

Vale lembrar, nesse particular, que a existência de um canal para denúncia de irregularidades, conhecido como *hot line*, é uma situação incentivada pela Lei 12.846/2013, como forma de atenuar sanções à empresa que for responsabilizada por infrações àquele diploma legal (artigo 7º, inciso VIII). Não obstante, cabe a cada empresa instituir esse canal de forma adequada e confiável (uma ouvidoria interna, por exemplo), garantindo a confidencialidade das informações recebidas. O sigilo da fonte é importante para afastar riscos de futuras retaliações, ao mesmo tempo em que se deve zelar para que as notícias sobre irregularidades

não se transformem em pretextos para denunciamentos originados por má-fé, vinditas entre empregados, desconfiança reiterada e outros procedimentos rasteiros desprovidos de qualquer caráter construtivo.

A liderança ética dos dirigentes, a ser exercida no dia a dia de uma empresa, é essencial para o desenvolvimento das pessoas que a integram e para a implantação de uma cultura corporativa. Sem essa liderança ativa, as políticas, as diretrizes e os controles internos, as normas e as estratégias “não ganham vida”, não prosperam, induzindo a cenários negativos de tolerância com desvios funcionais e de vulnerabilidade da empresa em relação às ações repressivas da Lei Anticorrupção. Essa liderança deve contagiar seus liderados com os valores a serem seguidos, o que inclui também processos adequados de contratação de novos empregados, a serem previamente adestrados em prol do respeito e do alinhamento a práticas comportamentais normalmente desenvolvidas na empresa.

II - AVALIAÇÃO E MAPEAMENTO DE RISCOS DE CORRUPÇÃO - AS INTERAÇÕES COM ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS. AS CAUTELAS A SEREM ADOTADAS EM CASO DE FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS

Essa avaliação é um dos pilares centrais para a criação e implementação de um Programa de Compliance. Há que se realizar um mapeamento das áreas de atuação da empresa nas quais haja maior risco da prática de irregularidades, especialmente onde ocorram interações com órgãos governamentais (como, por exemplo, o setor que cuida da participação da empresa em licitações públicas), diagnosticando-se o nível de envolvimento da empresa em negócios com o governo e com entidades públicas. Também é importante analisar os riscos específicos do setor em que a empresa atua (por exemplo, uma indústria de mineração, que está sujeita a um severo ambiente regulatório, especialmente ambiental) e o chamado “modelo de negócio”, especialmente o grau de terceirização de atividades, nem sempre fiscalizada com o mesmo rigor exercido na vigilância de atividades diretamente realizadas pela empresa.

Tais análises devem ser renovadas periodicamente, dado o dinamismo da atividade empresarial, o que pode significar alterações estruturais, existência de novos parceiros comerciais, alterações normativas e mudanças no cenário econômico de uma região ou de um país. As avaliações não devem ser ocasionais ou eventuais. Ao contrário, necessitam ser regulares e sistemáticas, permitindo que se identifiquem antecipadamente as principais situações que podem aumentar a chance de prática

de atos lesivos à Administração Pública. As principais referências internacionais sobre Programas de Compliance destacam essa questão, como, por exemplo, o *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, do Departamento de Justiça norte-americano, em que se recomenda que “Programas de Compliance devem ser estruturados de forma a detectar os tipos específicos de condutas ilícitas que são mais prováveis de ocorrer na linha de negócios específicos da empresa”.³⁷ Outros documentos internacionais, tais como as *Boas Práticas*, da OCDE, e os *Procedimentos Adequados do U.K. Bribery Act*, também tratam dessa matéria.

Há diversos fatores internos da empresa que também devem ser examinados, tais como o nível de conscientização de políticas e normas por parte dos empregados, o histórico de violações e investigações em relação a atos de corrupção e fraudes em geral, o nível de rotatividade de empregados em determinados setores e outras investigações que possam contribuir para um método de classificação de riscos da empresa, influenciando, inclusive, a prioridade na alocação de recursos financeiros destinados à repressão da prática de atos inidôneos no ambiente corporativo.

O objetivo é evitar ações meramente reativas da direção da empresa. O Programa de Compliance, por sua própria natureza, envolve um olhar preventivo e postura proativa no combate a condutas corruptas no seio empresarial. Além do relacionamento da empresa com o setor público, conforme antes assinalado, cabem, igualmente, análises de percepção de risco em áreas mais vulneráveis, como, por exemplo, os setores financeiro e de tecnologia de informação.

Uma área de grande interesse para o Compliance deve ser, em determinadas empresas, o conhecimento sobre a forma como se obtêm licenças e autorizações governamentais, em que, muitas vezes, são utilizados despachantes e outros profissionais que lidam com tais assuntos.

A apreciação dos riscos de corrupção compreende também recomendações no sentido de revisão do Programa de Compliance em regiões específicas de atuação da empresa ou em diferentes divisões ou departamentos, sempre dentro de uma perspectiva de melhoria contínua desses programas.

37 COSTA, *in*: DEBBIO, MAEDA e AYRES, *op. cit.*, p. 187.

III - CONTROLES INTERNOS DAS EMPRESAS. MECANISMOS DE NATUREZA CONTÁBIL, AVALIAÇÃO DA ESCALA E VOLUME DE NEGÓCIOS. CÓDIGOS DE CONDUTA E OUTRAS PROVIDÊNCIAS

A partir da avaliação e do mapeamento de riscos, torna-se possível instituir controles internos que representam uma espécie de imersão na própria empresa por parte de seus gestores, permitindo-se, a partir daí, o surgimento de normas e procedimentos internos eficazes e voltados para o rastreamento de eventuais irregularidades. Tais controles envolvem a realização de diversas ações de natureza contábil, jurídica e administrativa, podendo ser citados, a título de meros exemplos:

- a) A aprovação de um Código de Conduta para seus empregados, no qual fiquem bem delineados os desvios de comportamento profissional. Esse código não se limita a estabelecer condutas éticas dos quadros funcionais da empresa, mas também a se autorregular para fins do efetivo cumprimento de seu objeto social, observada a Lei e os interesses sociais. Há que se disciplinar nesse Código os relacionamentos internos entre os empregados (e entre estes e seus dirigentes), mas também os relacionamentos com o Estado, com outras pessoas jurídicas, com seus parceiros (*stakeholders*) e com a comunidade em que atua.
- b) Em empresas com estrutura administrativa mais complexa (médias e grandes empresas) deve ser instituído um Comitê de Governança, para supervisionar as atividades da auditoria interna, verificar a aplicação do Código de Ética, acompanhar eventuais investigações de condutas de empregados e colaboradores, inclusive dos quadros dirigentes, examinar eventuais conflitos de interesses no âmbito da empresa e outras atividades afins, em busca da conformidade com leis, regulamentos e normas internas em geral, agindo com razoável autonomia no relacionamento com a Alta Administração da empresa.
- c) Controles contábeis eficazes que possam retratar fielmente o registro de transações, alienação de ativos e despesas em geral, legitimidade dos negócios jurídicos, com grau de

detalhamento suficiente para satisfazer as necessidades de uma investigação decorrente da aplicação da Lei 12.846/2013. Nesse caso, é importante o requisito da transparência. Como exemplo, temos os brindes entregues a clientes, que devem ser registrados como tal, e não como “custos de marketing”. Da mesma forma, pagamentos referentes a desembaraço financeiro não podem ser embutidos genericamente como “custos de mercadorias vendidas”.

- d) Verificação dos contratos de patrocínio e das doações realizadas pelas empresas – por exemplo, doações filantrópicas a organizações não governamentais (as ONGs) que podem ser meras receptoras de propinas pagas indiretamente a agentes públicos. Doações a partidos políticos e a candidatos a cargos políticos também devem ser verificadas.
- e) As “transações sensíveis” devem ser selecionadas num contexto de maior percepção de ocorrência de corrupção.
- f) Avaliação da escala e do volume de negócios realizados pelas empresas nas diversas regiões em que atuar.
- g) Identificação dos processos e controles utilizados nas práticas de vendas ou para celebrar contratos e negócios em geral – em particular, devem ser checados os desvios de conduta padrão, tais como pagamento de comissões adicionais para a aquisição de bens ou prestação de serviços.
- h) Identificação das práticas utilizadas pelas empresas no oferecimento de presentes, viagens, cortesias ou convites para eventos de entretenimento.

IV - COMUNICAÇÃO CLARA DAS POLÍTICAS E DOS PROCEDIMENTOS CORPORATIVOS. TREINAMENTO CONTÍNUO, ESPECIALMENTE EM SITUAÇÕES CONCRETAS

As políticas e os procedimentos corporativos que visem prevenir a prática de atos de corrupção deverão ser comunicados periodicamente de maneira clara, prática e acessível aos empregados, prepostos e ter-

ceiros. Pouco êxito haverá no esforço para estruturar um conjunto de normas e controles se estes não forem transmitidos adequadamente ao conhecimento de empregados e colaboradores da empresa. O objetivo é estabelecer um nível de entendimento suficiente para que tais iniciativas sejam consideradas eficientes e eficazes. Essa é a orientação proclamada por documentos internacionais já citados, como as *Boas Práticas*, da OCDE, e o *Sentencing Guidelines*, nos Estados Unidos.

Os treinamentos sobre o assunto devem ser perenes e sujeitos a atualizações e revisões. Podem se concentrar, de preferência, em situações concretamente vivenciadas no âmbito corporativo, o que envolve a identificação dos principais tópicos a serem abordados com os empregados, prepostos e representantes da empresa. Não raro, eles apresentam lacunas de entendimento sobre normas legais aplicáveis, bem como sobre políticas internas da empresa, o que será resolvido pelo trabalho de comunicação corporativa. Os dirigentes deverão observar a necessidade de treinamento especial para determinados grupos ou departamentos da empresa, como, por exemplo, setores que tratam das licitações, das operações de importação e exportação e outras áreas de natureza peculiar.

Os treinamentos presenciais devem ser priorizados, para melhor interação com os treinandos, a fim de esclarecer dúvidas, propiciando debates mais produtivos sobre situações corriqueiras nas empresas, sem prejuízo de orientações *on-line*, se julgadas suficientes. A repetição dos treinamentos se justifica, seja para introjetar permanentemente nos empregados e colaboradores as noções sobre as melhores condutas, seja pela própria evolução dos negócios corporativos ou pela mudança do cenário regulatório.

Comunicação e treinamento são, portanto, referências a serem apontadas em Programas de Compliance.

V - MONITORAMENTO, AUDITORIA E REMEDIAÇÃO. FORMAS PARA ASSEGURAR E CERTIFICAR O CUMPRIMENTO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE

Trata-se de um conjunto de medidas de supervisão adotadas pela empresa destinadas a:

- a) Saber se os destinatários estão efetivamente cumprindo as normas internas baixadas pelas empresas, incluindo avaliações pessoais com entrevistas. Com efeito, de nada servirá o esforço para se criar, no âmbito de uma empresa, valores, regras e demais medidas administrativas

se estes não forem efetivamente observados no ambiente corporativo. Nesse contexto, avaliam-se também os mecanismos que permitam a comunicação de irregularidades a seus dirigentes, o que envolve o já mencionado “canal de denúncias”, que é, muitas vezes, o ponto de partida para o início de investigações sobre prática de infrações;

- b) identificar violações dessas normas, irregularidades e falhas em geral, mediante acompanhamento contínuo nos diversos ambientes ou setores da empresa, aplicando-se, em casos graves, punições disciplinares;
- c) detectar problemas com a devida antecedência, evitando-se que assumam proporções graves que possam prejudicar a empresa;
- d) priorizar áreas em que o risco da prática de atos ilícitos seja maior, com realização de amostragem e escolha de prioridades em relação a setores nos quais se apresenta grande nível de exposição a violações;
- e) sempre que necessário, corrigir rumos e deficiências e promover modificações de controles contábeis, financeiros e administrativos que não estejam funcionando, mediante testes de eficácia dos procedimentos de controle em vigor;
- f) preservar possíveis fontes de evidências de irregularidades e seus respectivos documentos, propiciando ação ágil na apuração de fatos ilícitos;
- g) garantir a autonomia dos trabalhos da auditoria interna ante os dirigentes da empresa, com liberdade de atividades que a tornem verdadeira corregedoria proativa da pessoa jurídica;³⁸ e
- h) cessar imediatamente práticas de corrupção que forem reveladas nos trabalhos de monitoramento e auditoria e exclusão das pessoas envolvidas dos quadros da empresa.

38 CARVALHOSA, *op. cit.*

O trabalho de auditoria pode se concentrar em áreas que, eventualmente, gerem alguma suspeita. Nesse sentido, é relevante o exame de prestações de contas, quando houver pagamentos diversos a órgãos de governo, com exigência de explicações, se estiverem desprovidos de comprovantes adequados ou sem justificativas normais e convincentes.

A descoberta de infrações permite à empresa iniciar investigações internas, inclusive em função de denúncias anônimas (os chamados *whistleblowers* nos Estados Unidos). A apuração dos fatos deve se realizar de maneira independente e em conformidade com os padrões da empresa e seus respectivos regulamentos. Compreendem-se nessa investigação entrevistas, preservação e exame de documentos físicos e dados eletrônicos relevantes, inquirição de testemunhas, reexame de livros e registros contábeis, monitoramento de e-mails corporativos e demais providências úteis para a elucidação de condutas antiéticas ou delitos.

O acompanhamento das atividades empresariais sob a ótica do Compliance permite que se criem modelos de controles internos e de monitoração, mediante o estabelecimento de protocolos, tais como o protocolo interno de investigação, o protocolo de prestação de contas, o protocolo de coleta de informações de terceiros, o protocolo de ações corretivas (remediação) e tanto outros instrumentos, ao sabor das necessidades da empresa.

É comum que em Programas de Compliance os trabalhos de monitoração e auditoria sejam guiados pelos chamados *red flags*, ou seja, determinados alertas que indicam irregularidades, tais como:

- ▶ transações não registradas ou com deficiência de informações;
- ▶ acordos não usuais no pagamento de fornecedores;
- ▶ faturas não específicas (descrição vaga ou genérica de bens ou serviços prestados);
- ▶ demandas de “serviços especiais” ou “urgentes”;
- ▶ atividades inconsistentes (produtos ou serviços em desconformidade com o contrato);
- ▶ autorizações faltantes ou inadequadas;
- ▶ faturas duplicadas com descrições distintas;

- ▶ gratificações não usuais ou bonificações excessivas;
- ▶ comissões que não correspondem às habituais, as quais podem estar envolvendo pagamentos a intermediários;
- ▶ tarifas pagas em desacordo com valores de mercado;
- ▶ fracionamento no pagamento de valores elevados;
- ▶ pagamentos realizados mediante depósito em contas bancárias no exterior; e
- ▶ reembolso de despesas não previstas no contrato sem justificativa ou comprovação por meio de recibo.

Em paralelo à monitoração de ações internas da empresa, esta poderá também cooperar com órgãos de fiscalização sempre que infrações forem detectadas, particularmente a Controladoria-Geral da União, que tem entre suas funções a repressão a atos de corrupção.

VI - A ANÁLISE DE ATUAÇÃO DOS TERCEIROS QUE REPRESENTAM AS EMPRESAS – DUE DILIGENCE

A representatividade de uma empresa perante o Poder Público não está jungida apenas a seus diretores, empregados e quaisquer outros detentores de expressa e formal representação. Quando essa representação for indevidamente utilizada para a prática de ato lesivo à Administração Pública (artigo 5º da Lei 12.846/2013), a conduta pode estar sendo praticada não apenas por dirigentes e administradores, mas também por “qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe de ato ilícito” (artigo 3, § 1º). A representação pode ser, inclusive, meramente verbal ou informal, bastando que o ato lesivo tenha como propósito “o interesse ou benefício” da pessoa jurídica (artigo 2º). Existe, inclusive, uma hipótese legal prevista no artigo 5º, inciso III, da supracitada lei, em que é inerte a atuação ilícita de um terceiro, qual seja a utilização de interposta pessoa física “para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

Por evidente, será bem mais difícil a fiscalização de uma pessoa jurídica diante de um terceiro que aja em seu interesse do que a vigilância sobre o comportamento de dirigentes e empregados, eis que aquele, nor-

malmente, não se compromete com a mesma intensidade com o Código de Conduta da empresa e, por vezes, exerce uma gestão mais distante, podendo atuar, por exemplo, em cidade diferente da sede da empresa ou no exterior. Será maior, em consequência, o esforço de inculcar em terceiros uma conscientização sobre valores e normas da empresa, sem falar que, em áreas ou regiões do país ou do mundo em que a corrupção é rotineira, fica o terceiro mais exposto às práticas do meio onde atua.

Em muitos casos, a conduta representativa é exercida por terceiros que estejam atuando, em alguma área do setor público, em nome da pessoa jurídica, tais como consultores externos e agentes de venda, distribuidores, despachantes, escritórios de advocacia e contabilidade. Nos Estados Unidos esses intermediários têm sido alvo de intensa fiscalização, com base na Lei norte-americana de combate à corrupção, a *Foreign Corrupt Practice Act*. A cautela que as empresas devem ter na contratação de terceiros na defesa de seus interesses pode se traduzir em ações que se denominam *due diligence*, ou seja, precauções necessárias para garantir relações comerciais confiáveis na escolha de parceiros idôneos e qualificados. Nos Estados Unidos as punições impostas pelo Departamento de Justiça do país ou pela *Securities & Exchange Commission (SEC)* – espécie de Comissão de Valores Mobiliários norte-americana – a empresas por desvios de conduta de seus intermediários são bastante onerosas e muitas vezes envolvem não apenas a ação corrupta propriamente dita, mas também a inobservância de dispositivos contábeis e controles internos exigidos pelo *FCPA*. A *due diligence* é medida indispensável para que se realize numa empresa um eficiente Programa de Conformidade, pois, segundo dados levantados no âmbito da OCDE, 64% das transações comerciais em que se exige corrupção de funcionários públicos envolvem a utilização de algum tipo de intermediário.³⁹

Pessoas jurídicas utilizam-se de terceiros para a realização das mais variadas tarefas, tais como promoção e intermediação de vendas, obtenção de licenças, prestação de serviços jurídicos e outras, especialmente num contexto global, em que intermediários atuam em várias partes do mundo em questões comerciais financeiras e culturais e nas demais atividades. Em certos países, a depender da legislação, a atuação de terceiros em nível local pode, inclusive, tornar-se obrigatória. Nesse caso, a proximidade do terceiro com funcionário público brasileiro ou estrangeiro deve ser alvo de observação num Programa de Compliance, para que se evite ao máximo o pagamento de vantagens indevidas ao agente público ou qualquer objeto de valor econômico. Também se deve ficar atento

39 AYRES, *in*: DEBBIO, MAEDA e AYRES, *op. cit.*, p. 204.

para que qualquer comissão a terceiros não embute propina, como pode ocorrer, por exemplo, num contrato de consultoria externa. A possível imprecisão de registros contábeis sobre pagamentos a terceiros pode levar a suspeitas, por falta de transparência administrativa nos controles internos das empresas. A gradação do risco deve ser medida pelas características do negócio e até pela verificação do local onde o empreendimento será realizado, considerando-se, por exemplo, elevados índices de corrupção em setores de determinados países nos quais se pretenda atuar.

Citando exemplificadamente algumas situações, a análise da *due diligence* vai checar os fatores de risco a que nos referimos, os chamados *red flags*, fazendo-se indagações tais como se o terceiro foi funcionário público, se o terceiro tem laços estreitos com funcionários públicos, quem recomendou a utilização de terceiros, qual a sua remuneração, qual a sua reputação no âmbito comercial, se ele tem histórico de envolvimento em atos de corrupção, a natureza do negócio que ele vai intermediar, informações sobre o colaborador da empresa existentes em sites públicos, levantamento de cadastros individuais nos quais figure o nome do terceiro, o valor de seu patrimônio e possíveis indícios de enriquecimento ilícito, entre outras hipóteses. Conquanto se deva examinar essas circunstâncias com alguma relatividade, fatores básicos nessa checagem podem ser suficientes para alijar o pretense terceiro de participar de uma contratação com determinada empresa, como, por exemplo, um negócio com alguém que tenha dado causa à inscrição de uma empresa no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas ou que esteja direta ou diretamente envolvido em atos corruptos investigados em processos administrativos ou judiciais com base na Lei 12.846/2013.

A contratação do parceiro, após prévio critério seletivo, deve ser acompanhada de medidas preventivas, tais como inserir, em contratos de prestação de serviços, cláusulas de confidencialidade e não concorrência, alguma forma de treinamento (inclusive sobre políticas de comunicação da empresa), garantia de inexistência de conflitos de interesses, indicação dos “quarteirizados” (assessores contratados pelo terceiro) e suas respectivas funções, exigência rigorosa de prestação de contas, declaração de eventuais vínculos com órgãos do governo ou vínculos pessoais ou familiares com agentes públicos, cláusula de rescisão imediata do contrato em face de atos inidôneos, compromissos de não violação de determinadas regras éticas e demais situações que forem peculiares ao contrato.

A *due diligence* ganha, igualmente, enorme relevo quando se cogita de realizar determinadas operações empresariais, tais como a transformação, a incorporação, a fusão ou a cisão societária, haja vista a regra

contida no artigo 4º, § 1º, da Lei 12.846/2013, que se refere à responsabilidade da empresa sucessora quando ocorrem tais operações. Nesses casos, devem as empresas interessadas realizar, umas nas outras, um verdadeiro trabalho de “inteligência corporativa”, com análises sobre seus negócios, estrutura administrativa e financeira, perfil de seus executivos e de outros profissionais que exerçam funções relevantes, mediante verificação de variadas formas de informação, inclusive bancos de dados públicos, sites existentes na rede mundial de computadores e outras pesquisas e providências que promovam análises de risco, evitando-se que as novas empresas não sejam herdeiras de passivos decorrentes de atos escusos anteriormente praticados pela parceira e caracterizados como corrupção. A perspectiva de celebração de tais negócios é condicionada, muitas vezes, à garantia de que uma empresa não se “contamine” com o passivo da outra, atraindo um alto grau de profissionalismo nos esforços de advogados, contadores, auditores financeiros e outros especialistas, encarregados de realizar, com o maior esmero, um completo Programa de Compliance nas empresas contratantes, compreendendo as formas de comercialização e promoção dos produtos ou serviços, locais das atividades da empresa, principais clientes, exame dos contratos, financiamentos, existência de benefícios fiscais, entrevistas com dirigentes e empregados, informações na mídia sobre reputação corporativa e, mais do que nunca, apuração do grau de interação com o Poder Público em seus mais variados aspectos.

10.

O DECRETO 8.420, DE 16 DE MARÇO DE 2015 - REGULAMENTAÇÃO DA LEI 12.846/2013

10.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR)

Trataremos, a seguir, de forma sintética, do Decreto 8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013, cuidando, inicialmente, do capítulo específico (Capítulo I), a respeito do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Sua instauração é de competência da autoridade máxima do órgão público que supostamente foi lesado pela pessoa jurídica em razão da prática de atos de corrupção. No entanto, se o órgão for da administração direta, a competência para essa instauração é do Ministro de Estado, que poderá delegar suas atribuições.

Quando a autoridade máxima tomar ciência de possível ocorrência de uma infração, poderá arquivar a matéria, se não encontrar indícios mínimos da prática de algum ilícito, determinar a abertura de uma investigação preliminar, uma espécie de sindicância que será sigilosa, ou, se assim entender, instaurar logo o PAR. A investigação preliminar será conduzida por comissão constituída por dois ou mais servidores efetivos e terá 60 dias para concluir suas apurações, prorrogáveis por igual período. Ao final, a comissão apresentará relatório conclusivo à autoridade competente, que decidirá, então, pela admissibilidade ou não de abertura de processo administrativo de responsabilização.

Instaurado o PAR, a autoridade, agindo em conformidade com a Lei, designará comissão constituída por dois ou mais servidores públicos estáveis, que intimará a pessoa jurídica processada para, no prazo de 30 dias, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretende produzir. Diz, ainda, o Decreto, em seu artigo 6º, que a Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo quando se tratar de defesa do interesse da Administração Pública, preservação da imagem das pessoas jurídicas envolvidas ou para propiciar a elucidação dos fatos, sempre assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

As intimações à pessoa jurídica poderão ocorrer de diferentes formas, seja por meio eletrônico, por via postal ou “por qualquer outro meio que assegure a certeza da ciência da pessoa jurídica acusada” (artigo 7º). Se a pessoa jurídica não for localizada, a intimação será feita por edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da Federação em que a imputada tenha sede e no site eletrônico do órgão público que estiver investigando o fato. A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos do processo.

Em obediência à Lei 12.846/2013, o prazo para conclusão do PAR não excederá 180 dias, admitida prorrogação se o Presidente da Comissão obtiver autorização da autoridade instauradora do processo. Concluídos os trabalhos da Comissão, esta elaborará relatório final a respeito dos fatos examinados e opinará ou não pela responsabilização administrativa do suposto infrator. Em caso positivo, sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, inclusive a dosimetria da multa. Antes da elaboração do relatório, a Comissão terá que solicitar previamente parecer jurídico do setor de assistência jurídica do órgão público que pretensamente tenha sofrido lesão tipificada pela Lei Anticorrupção.

Na inexistência de órgão recursal administrativo e havendo decisão condenatória sancionatória, a parte interessada pode requerer reconsideração. Mantida, porém, aquela decisão, terá a parte o prazo de 30 dias para cumprir as sanções impostas, a partir de sua publicação (artigo 11, § 3º).

A Controladoria-Geral da União tem competência concorrente para instaurar o PAR, mas também poderá avocar processos “para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível”. Nesses casos, a CGU não será apenas órgão processante, mas também órgão julgador.

O artigo 13, § 1º, do aludido decreto explicita os casos em que haverá competência concorrente da CGU, a saber: a) caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; b) inexistência de condições

objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; c) complexidade, repercussão e relevância da matéria; d) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida (entenda-se aí, presume-se, o “elevado valor”, já que não teria sentido a CGU utilizar sua competência para instaurar PAR em razão de valores inexpressivos); e e) apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou atividade da administração pública federal.

Por fim, vale lembrar que à CGU compete instaurar, apurar e julgar o PAR pela prática de atos lesivos à administração pública estrangeira, que seguirá, no que couber, o rito procedimental estabelecido no Capítulo I do Decreto 8.420/2015 (artigo 14).

10.2. APLICAÇÃO DE MULTAS ADMINISTRATIVAS

Sabemos que, em regra, a multa administrativa que vier a ser aplicada às empresas responsabilizadas por infrações previstas na Lei 12.846/2013 será de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (excluídos os tributos), que nunca será inferior à vantagem econômica auferida pelo infrator, quando for possível sua estimação (artigo 6, inciso I). Segundo o artigo 21, o Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos, para identificar de forma mais precisa a base de cálculo sobre a qual incidirá a multa.

Por sua vez, o artigo 17 do Decreto reza que o cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos percentuais de faturamento abaixo citados, criando-se, em consequência, uma dosagem da pena que leve em consideração, na medida do possível, requisitos objetivos. Vejamos, em primeiro lugar, as circunstâncias contidas naquele dispositivo e que sempre agravam a pena:

- a) um por cento a dois e meio por cento, havendo continuidade no tempo dos atos lesivos à Administração Pública;
- b) um por cento a dois e meio por cento, se houver tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;

- c) um por cento a quatro por cento, no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução da obra contratada;
- d) um por cento para a situação econômica do infrator, “com base na apresentação do Índice de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Geral (LG) superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo”; e
- e) cinco por cento, no caso de reincidência, assim definida como a ocorrência da nova infração à Lei 12.846/2013, idêntica ou não à infração anterior, que tenha acontecido em menos de cinco anos contados da publicação do julgamento administrativo da primeira infração.

Cabe aqui uma explicação em relação aos índices de Solvência Geral e de Liquidez Geral. Ambos são índices comumente adotados para atender às exigências de “boa situação financeira” de uma empresa participante de uma licitação, como previsto no artigo 31, § 1º, da Lei de Licitações Públicas (Lei 8.666/1993). O primeiro expressa o grau de garantia de que a empresa dispõe em Ativos, para pagamento do total de suas dívidas. Já a Liquidez Geral indica quanto a empresa possui em disponibilidades, bens e direitos realizáveis no curso do exercício seguinte para liquidar suas obrigações, com vencimento nesse mesmo período.

Se a infração envolver a existência de contratos “mantidos ou pretendidos” com a Administração Pública, serão considerados os seguintes percentuais (artigo 17, inciso VI), tendo como parâmetros o valor dos contratos:

- ▶ um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais);
- ▶ dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);
- ▶ três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);
- ▶ quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e

- ▶ cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (hum bilhão de reais).

Por seu turno, o artigo 18 do cogitado decreto explicita que, do resultado da soma dos fatores previstos em seu artigo 17, serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica correspondente ao último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos. São hipóteses de circunstâncias atenuantes e, como tal, favorecem as empresas processadas com a incidência de minorantes da pena, a saber:

- a) um por cento no caso de não consumação da infração;
- b) um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;
- c) um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração de ato lesivo, independentemente do Acordo de Leniência;
- d) dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e
- e) um por cento a quatro por cento se a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade (ou seja, um Programa de Compliance), de acordo com parâmetros estabelecidos pela Lei Anticorrupção e pelo Decreto 8.420/2015.

Outrossim, estabelece o artigo 19 do comentado diploma normativo que, se houver, em determinado caso concreto, a ausência de todos os fatores de fixação da pena administrativa elencados nos artigos 17 e 18 (sejam eles agravantes ou atenuantes), ou se o resultado de adição e subtração desses fatores for igual ou menor que zero, o valor da multa corresponderá a penas mínimas previstas na Lei, ou seja, 0,1% do faturamento bruto a que se refere o inciso I do artigo 6º da Lei 12.846/2013, ou, não sendo possível mensurá-lo, a penalidade será de R\$ 6.000,00.

A nosso ver, o Decreto não adotou a melhor metodologia na fixação da pena, que se apresenta de forma incompleta, ressentindo-se de maior precisão e revelando alguma atecnia. Referimo-nos ao que seria desejável para aperfeiçoar a dosimetria da pena, já que ele poderia explicitar conceitos mínimos que revelassem o significado de cada fator de agravação ou atenuação previsto na listagem integral elencada no artigo 7º. Assim sendo, por exemplo, faltou definir, de alguma maneira, os parâmetros do que seja “gravidade da infração”, “grau de lesão ou perigo de lesão” e “efeito negativo produzido pela infração”, eliminando-se temerárias subjetividades.

Prosseguindo, cumpre, mais uma vez, ressaltar que, quando a regra básica do artigo 6º, inciso I, já mencionada acima não puder ser aplicada, incide o parágrafo 4º desse dispositivo, situação na qual a multa será fixada nos limites de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Nesses casos, o critério de faturamento bruto do último exercício será abandonado, mas poderá ser calculado o faturamento bruto durante o próprio ano em que o ato lesivo for praticado ou um “faturamento anual estimável” (artigo 22, incisos I e III), para fins de incidência e quantificação dos diversos fatores agravantes e atenuantes previstos nos artigos 17 e 18 do Decreto 8.420/2015, todos eles listados anteriormente.

Evidentemente, qualquer que seja o resultado dessa quantificação, os limites monetários acima aludidos terão que ser respeitados. Sendo a infratora uma pessoa jurídica sem fins lucrativos, o percentual será aplicado sobre o montante total dos recursos recebidos no ano em que se verificou o ato lesivo.

Em seu artigo 25, trata o Decreto 8.420/2015 da forma como a cobrança da multa será realizada. Ela terá que ser recolhida no prazo de 30 dias após a publicação da decisão condenatória, sob pena de que o débito seja inscrito em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas federais. Quando forem cabíveis medidas judiciais contra as empresas punidas, estas serão solicitadas ao setor de representação judicial ao qual couber a assistência ao órgão público lesado. Por exemplo, se esse órgão integrar a Administração Pública federal direta, as providências ante o Poder Judiciário serão tomadas pela Procuradoria-Geral da União, salvo cobrança de multas fixadas nos processos administrativos, que ficam a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Não obstante, no âmbito das autarquias e fundações públicas, a atuação judicial será exercida pela Procuradoria-Geral Federal, ressalvadas as competências específicas da Procuradoria-Geral do Banco Central (artigo 27, parágrafo único).

10.3. ACORDO DE LENIÊNCIA

Quanto ao Acordo de Leniência (artigo 28 e seguintes), o Decreto estabelece que ele deverá atender, de forma criteriosa, os seus requisitos legais e poderá ser proposto pela pessoa jurídica investigada até a fase de apresentação do relatório final da Comissão processante designada para instruir o processo administrativo. Essa proposta, em regra, tem cunho sigiloso e será apresentada ao Presidente da Comissão que foi nomeada no processo administrativo ou à Controladoria-Geral, se o assunto estiver no âmbito do Poder Executivo Federal. Nesse caso, a empresa encetará uma negociação a respeito que pode perdurar até 180 dias (artigo 32), autorizada a prorrogação do prazo em determinadas situações. Se a investigação não estiver sendo realizada pela própria CGU, ela requisitará o processo administrativo ao órgão público federal em que este estiver tramitando.

O Acordo de Leniência conterá alguns dispositivos básicos, a saber: a) o cumprimento dos requisitos previstos em lei; b) a perda dos benefícios pactuados, se houver descumprimento do Acordo; c) a caracterização do Acordo como título executivo extrajudicial, o que habilita a sua imediata execução judicial, nos termos do Código de Processo Civil; e d) a adoção, a aplicação ou o aperfeiçoamento do Programa de Compliance.

Ao final, se efetivamente adimplido o Acordo, a empresa será contemplada com um ou mais benefícios previstos em lei, quais sejam: a) isenção da publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; b) isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções e outros pagamentos previstos no artigo 19, inciso IV, da Lei 12.846/2013, oriundos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público; e c) redução em até 2/3 do valor da multa aplicável.

É oportuno mencionar que o artigo 28 do Decreto 8.420/2015, amparado no permissivo legal previsto na Lei Anticorrupção (artigo 17), declara que o Acordo de Leniência “será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013 e dos ilícitos administrativos previstos na Lei 8.666/1993 e em outras normas de licitações de contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções”, desde que colaborem efetivamente com as investigações. Isso significa que, nos casos de licitações, o Acordo contemplará conjuntamente os ilícitos previstos na Lei 12.846/2013, bem como aqueles mencionados na Lei de Licitações Públicas, atendendo a razões práticas vislumbradas pela Lei, pois os assuntos são efetivamente conexos. Daí porque o Decreto incorporou nesses Acordos um benefício não

previsto na Lei Anticorrupção, qual seja “a isenção ou atenuação das sanções administrativas previstas nos artigos 86 a 88 da Lei 8.666/1993 ou de outras normas de licitações e contratos”. São dispositivos que tratam do atraso injustificado na execução de contrato administrativo, sua inexecução total ou parcial, bem como outras infrações ali definidas.

10.4. PROGRAMA DE COMPLIANCE

Por fim, em estrito cumprimento ao que dispõe o artigo 7º, inciso III, e parágrafo único, o Decreto 8.420 regulamentou o Programa de Compliance ou Programa de Conformidade, definido legalmente como “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Aqui se estabelecem os critérios que serão obedecidos quando uma autoridade máxima de órgão público ou a CGU avaliar o mérito e a eficácia das ações empresariais voltadas à prevenção da corrupção.

Conveniente se torna a transcrição do artigo 41 do referido decreto, que denomina esse programa de “programa de integridade”:

“Artigo 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 código de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.”

Os parâmetros desse Programa, que serão avaliados em casos concretos, ou seja, em processos administrativos instaurados com base na Lei Anticorrupção, são múltiplos e estão transcritos abaixo de forma integral, diante da relevância que tal matéria assumirá na formulação de políticas internas de empresas que desejam se adequar à normatividade da Lei 12.846/2013 (artigo 42):

- I) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos seus conselhos internos, traduzido por “apoio visível e inequívoco ao programa”;

- II) padrões de conduta, 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 serviços, 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 financeiras 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 do seu cumprimento;
- X) canais de denúncias de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a empregados e terceiros, e dos mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI) medidas disciplinares no 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, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei 12.846/2013; e
- XVI) transparência da pessoa jurídica quanto a doações a candidatos e partidos políticos.

Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, tais como:

- a) a quantidade de funcionários, empregadores e colaboradores;
- b) a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;
- c) a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;
- d) o setor do mercado em que atua;
- e) os países em que atua, direta ou indiretamente;
- f) o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

- g) a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e
- h) a qualificação da pessoa jurídica como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Haverá redução de parâmetros quando a empresa avaliada for microempresa ou empresa de pequeno porte, não se exigindo, especificamente, os parâmetros estabelecidos nos incisos III, V, IX, XIII e XV acima destacados.

Com base nas orientações firmadas pelo Decreto, o Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União expedirá atos tais como normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do Programa de Compliance. Por seu turno, o referido ministro e o Ministro Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa expedirão regulamentação específica sobre parâmetros de avaliação aplicáveis aos pequenos empresários.

10.5. REGULAMENTAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS (CNEP) E DO CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS (CEIS)

O Decreto 8.420/2015 se refere também ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas, criado pelo artigo 22 da Lei 12.846/2013, que dará publicidade às sanções impostas com fundamento na citada legislação e assinalará também os descumprimentos dos Acordos de Leniência (artigo 45). Já o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas trata exclusivamente de informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa. São exemplos dessas sanções: a) suspensão temporária de participação em licitação (inciso III do *caput* do artigo 87 da Lei 8.666/1993); b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inciso IV do *caput* do artigo 87 da Lei 8.666/1993); c) impedimento de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, conforme artigos 7º da Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, e 47 da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011; d) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, conforme inciso IV do *caput* do artigo 33 da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011; e e) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com esteio no inciso V do *caput* do artigo 33 da Lei 12.527/2011.

ATOS NORMATIVOS DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Usando do seu poder regulamentar outorgado pela Lei 12.846/2013 e pelo Decreto 8.420/2015, a Controladoria-Geral da União expediu alguns atos que visam disciplinar matérias relacionadas à Lei Anticorrupção. Nesse sentido, baixou a Instrução Normativa nº 1/2015, que dispõe sobre duas formas de aferição do faturamento bruto da pessoa jurídica, uma aplicável às pessoas jurídicas aderentes ao Simples Nacional (com base na Lei Complementar 123/2006) e outra destinada às demais empresas (Lei 1.598/1977). Em seguida, a CGU baixou a Instrução Normativa nº 2, de 7 de abril de 2015, que traz disposições sobre a Ceis e o CNEP. Também foram editadas: a) a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, que estabelece regras complementares sobre os Programas de Compliance, especialmente a apresentação de um Relatório de Perfil e Relatório de Conformidade – nesses documentos serão inseridos alguns dados, tais como a indicação dos setores do mercado em que a pessoa jurídica atua em território nacional ou no exterior, a descrição das participações societárias que envolvam a pessoa jurídica, na condição de controladora, coligada ou consorciada, a quantidade de empregados, funcionários e colaboradores, frequência e relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público, entre outros exemplos; e b) a Portaria CGU 910, de 7 de abril de 2015, que detalha os procedimentos alusivos à apuração de responsabilidade administrativa por atos de corrupção e requisitos para Acordo de Leniência.

12.

QUESTÕES LEVANTADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015

12.1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em meio a controvérsias bastante repercutidas na imprensa (vide, por exemplo, jornais *O Globo* dos dias 22 e 23/12/2015, 05 e 06/01/2016 e *Folha de S. Paulo* de 23/12/2015), foi editada a Medida Provisória 703, de 28/12/2015, a qual tinha como principal objetivo garantir a possibilidade de que empresas envolvidas com corrupção possam voltar a licitar, desde que celebrem Acordos de Leniência, nos termos estipulados pela nova legislação.

Enquanto alguns questionaram aspectos morais relativos à participação de empresas corruptas em processos licitatórios, o governo entendeu que atos ilícitos praticados por pessoas físicas não podem prejudicar empresas a ponto de paralisar contratações públicas, em prejuízo do mercado nacional e da preservação de empregos. Ou, como disse a Presidente Dilma (*O Globo*, 19/12/2015), devemos penalizar os CPFs sem destruir os CNPJs. Esse posicionamento visa preservar, sobretudo, a solvabilidade dos grupos empresariais que atuam em projetos de infraestrutura, no entorno dos quais gravitam muitas pequenas e médias empresas.⁴⁰

A Medida Provisória, todavia, não modificou o aspecto fundamental do Acordo de Leniência, ou seja, a sua celebração não exime a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado à Administração Pública (artigo 16, § 3º, da Lei 12.846/2013).

40 JORGE WARDE JÚNIOR, Walfrido *et. al.* *Um Plano de Ação para o Salvamento do Projeto Nacional de Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 8.

12.2. - PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015. SUA EXTINÇÃO PELO ATO DECLARATÓRIO 27, DE 30/05/2016

A referência que ora fazemos à Medida Provisória 703/2015 tem escopo meramente histórico, uma vez que seu prazo de vigência foi encerrado pelo Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27, de 30 de março de 2016. Subsiste, porém, o propósito de apresentar o seu conteúdo, como fruto de discussões políticas que continuam ainda atuais, sobretudo sobre a possibilidade de que a empresa corrupta volte a participar de licitações públicas, desde que celebrado um Acordo de Leniência. Assim, a título de reflexão, passemos a examinar, de forma sintética, as principais inovações legais que o Poder Executivo pretendeu apresentar com a edição de diploma legal que, no entanto, teve vida curta, diante das fortes discórdias sobre o seu conteúdo nos debates havidos no Congresso Nacional.

12.2.1 – DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OUTROS BENEFÍCIOS

A regra de que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública deverá celebrar Acordos de Leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de atos lesivos à Administração foi alterada.

Pela Medida Provisória 703/2015, atribuiu-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, por meio de seus órgãos de controles internos, firmar tais Acordos, admitindo-se, na formulação desses pactos, a participação do Ministério Público e da Advocacia Pública (artigo 16). No âmbito do Poder Executivo federal, como sabemos, o órgão de controle interno é a Controladoria-Geral da União (artigo 17). Se, todavia, o ente público não tiver o referido órgão, o Acordo será celebrado pelo Chefe do Poder Executivo estadual ou municipal, em conjunto com o Ministério Público (artigo 16, § 13).

Por outro lado, para celebrar o Acordo de Leniência, a Medida Provisória não mais exigiu que a pessoa jurídica admitisse sua participação no ilícito (redação do artigo 16, § 1º, inciso III). A ênfase passou a ser a cooperação efetiva da empresa nas investigações e no processo administrativo e o seu compromisso de implementar ou melhorar o seu Programa de Compliance (nova redação do mencionado inciso e do inciso IV).

Entremos agora no “coração” da Medida Provisória 703/2015.

A Lei 12.846/2013 estabelece que, em qualquer caso, a aplicação das sanções por ela estabelecidas não afeta a incidência de punições previstas em outras leis, tais como aquelas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/1992, e atos lesivos a procedimentos licitatórios, previstos na Lei 8.666/1993 (artigo 30).

Em relação à improbidade administrativa, esclareça-se que, em que pese os destinatários da Lei 8.429/1992 serem, em regra, os agentes públicos, seu artigo 3º admite a extensão de seus efeitos a terceiros, ou seja, a particular “que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. A sujeição da pessoa jurídica a essa regra é sustentada por boa parte da doutrina, valendo destacar o pensamento de Emerson Garcia:⁴¹

“Contrariamente ao que ocorre com o agente público, sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa e necessariamente uma pessoa física, o artigo 3º da Lei de Improbidade não faz qualquer distinção em relação aos terceiros, tendo previsto que ‘as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público’, o que permite concluir que as pessoas jurídicas também estão incluídas sob tal epígrafe.”

Corroborando esse posicionamento, basta invocarmos a própria lei, em seu artigo 12, quando comina diversas penas a seus infratores, inclusive a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, punições que, evidentemente, aplicam-se amplamente a empresas.

Pelo exposto, verifica-se, desde logo, a possibilidade de que uma empresa infratora da Lei 12.846/2013 possa estar sujeita, pelos mesmos atos por ela praticados, à incidência da Lei 8.429/1992, que lhe aplicaria uma segunda punição.

Da mesma forma, há a incidência dupla da Lei 12.846/2013 com a Lei 8.666/1993, que rege as licitações públicas, ficando, portanto, a empresa punida de forma concomitante pelas duas legislações, quando cometesse atos ilícitos contra procedimentos licitatórios.

Com a frustrada alteração do artigo 30 da Lei 12.846/2013, esse verdadeiro *bis in idem* estaria descartado, desde que a pessoa jurídica celebrasse com a Administração Pública um Acordo de Leniência. Tal

41 GARCIA, Emerson, *apud* NEVES e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 72.

acordo também suprimiria qualquer incidência de punições previstas pela Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), conforme norma introduzida pela aludida medida provisória.

A Medida Provisória 703/2015 estipulou expressamente que a assinatura de Acordo de Leniência eliminaria as sanções restritivas ao direito de a empresa licitar e contratar com a Administração Pública, previstas na Lei Geral de Licitações. Se os atos corruptos envolvessem diversas empresas de um mesmo grupo ou consórcio, aquela que primeiro firmasse o Acordo de Leniência poderia obter um benefício ainda maior, ou seja, uma redução maior da multa, que poderá chegar a sua completa remissão (artigo 16, § 2º, inciso III).

Importante alteração se daria também no § 4º do artigo 16 da Lei 12.846/2013, em que a Medida Provisória em tela pretendia estipular que a cláusula do Acordo de Leniência que obrigasse a empresa a reparar o dano à Administração Pública pudesse prever uma forma de amortização da dívida que considerasse a capacidade econômica da pessoa jurídica.

12.2.2 - O ACORDO DE LENIÊNCIA – EFEITO DE UMA TRANSAÇÃO COM QUITAÇÃO TOTAL

A Medida Provisória 703/2015 transformaria o Acordo de Leniência num acerto definitivo entre a Administração Pública e a empresa infratora, uma espécie de transação em que todos os ônus, dívidas e obrigações a serem cumpridas pela pessoa jurídica ficariam estipulados no próprio corpo do instrumento, e, uma vez cumpridos os compromissos e punições aplicadas, nada mais se poderia lhe exigir, desde que o Acordo tivesse a participação da Advocacia Pública e do Ministério Público. Nesse caso, haveria um efeito de quitação, pois não seriam ajuizadas demandas que tivessem por objeto as infrações cometidas pela empresa com base na Lei 12.846/2013 e não mais prosseguiriam as ações judiciais em andamento (artigo 16, §§ 11º e 12º, e artigo 18). Cessaria, portanto, qualquer responsabilização na esfera judicial.

Por outro lado, cumprido integralmente o referido Acordo, seriam arquivados os demais processos administrativos porventura existentes em outros órgãos públicos alusivos a infrações sobre normas licitatórias cometidas pela pessoa jurídica, desde que os fatos imputados versassem sobre a mesma matéria objeto do Acordo (artigo 17-A).

A nosso ver, porém, o § 14 do artigo 16 indicava uma exceção a essa quitação geral, pois o Tribunal de Contas estaria autorizado a instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante para

apurar prejuízo ao erário, quando entendesse que o valor constante do acordo não fosse suficiente para reparar integralmente o dano causado à Administração Pública. Assim sendo, se houvesse diferenças a pagar, a empresa poderia ser processada naquele tribunal para liquidá-las, visto que a decisão da Corte de Contas transforma-se em título executivo, na forma do artigo 23, inciso III, letra *b*, da Lei 8.443, de 16/07/1992, aplicado analogicamente (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

13.

CONCLUSÃO – PROJETOS DE LEI EM ANDAMENTO

A Lei 12.846/2013 se tornou um marco legal em nosso país, pois introduziu no Brasil normas já aplicadas em países estrangeiros, por força de convenções internacionais a exigirem ampla análise por parte das empresas, em face da responsabilidade jurídica que assumem sempre que constatados atos lesivos à Administração Pública praticados em seu interesse e benefício. A imputação de responsabilidade civil à empresa é de natureza objetiva, que, conforme vimos, caracteriza-se independente de culpa na infração. De um lado, temos a oportunidade de nos preparar melhor para a vigência dessa lei, adotando políticas e estratégias voltadas à erradicação da corrupção nas corporações e também uma postura de colaboração com os órgãos públicos, minorando os efeitos financeiros e demais consequências adversas das severas punições previstas na nova legislação. De outro lado, porém, precisamos atentar para possíveis abusos da autoridade administrativa que vier a aplicar essa legislação, bem como para excessos na fixação das penalidades, acessando-se os Tribunais brasileiros sempre que houver quebra dos mínimos preceitos de razoabilidade e proporcionalidade.

Não obstante, vale lembrar que as discussões sobre o tema continuam intensas no País, seja pelo propósito de se alterar a Lei 12.846/2013, seja por iniciativas diversas que visam ampliar o arcabouço legislativo de combate à corrupção. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, juntou-se a esse movimento, apresentando ao governo federal uma série de sugestões (v. Boletim Informativo do Conselho Federal da OAB de 16/03/2015), tais como fim do financiamento empresarial em candidatos a partidos políticos, estabelecimento de limites para contribuições de pessoas físicas, exigência do cumprimento fiel, em todos os órgãos públicos, da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011),

previsão de que sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a renda e o patrimônio do contribuinte sejam causas para perda de cargo público e bloqueio de bens, redução drástica dos cargos de livre nomeação no serviço público, definição de critérios objetivos para ocupação do posto de direção por servidores de carreira, inclusive com limitação de tempo para o exercício dessas funções, e tantas outras propostas.

O governo federal enviou alguns projetos de lei para o exame do Congresso Nacional, a saber o Projeto de Lei 862/2015, que impõe algumas vedações à ocupação de cargo em comissão e função de confiança na Administração Pública por pessoas que sofreram sanções criminais ou administrativas (baseado no precedente da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010); o Projeto de Lei 856/2015, que disciplina a Ação Civil Pública de extinção do direito de posse ou de propriedade de bens provenientes de atividade criminosa, improbidade administrativa ou enriquecimento ilícito (baseada nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e contra a Corrupção); e o Projeto de Lei 855/2015, que tipifica o crime de fraude à fiscalização eleitoral e reprime a prática do chamado “Caixa 2” em campanhas eleitorais.

Recordamos, por fim, que se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados o recente Projeto de Lei 5.208/2016, elaborado por juristas, auditores, membros do Ministério Público e outras personalidades, que poderá se transformar, doravante, no centro das novas discussões a respeito das pretendidas mudanças na Lei 12.846/2013. Essa proposta legislativa reúne diversas sugestões, inspiradas, entre outras ideias e fundamentos, na intenção de conferir segurança jurídica aos Acordos de Leniência, mediante homologação judicial em determinados casos, na preservação da competência constitucional do Tribunal de Contas da União, na legitimação do Ministério Público para celebrar os referidos Acordos, em hipóteses específicas, e no prestígio da atuação da Advocacia Pública, enquanto representante legítima de pessoa jurídica integrante de ente da Federação brasileira. Encontra-se o aludido projeto atualmente apensado a outro projeto de lei oriundo do Senado, nº 105/2015, que trata de matéria conexa.

Enfim, que sejam separados *o joio do trigo*, sem permitir uma incidência generalizada dessa lei, como se a corrupção pudesse ser um componente inseparável da livre iniciativa. Se afastada essa perspectiva de cunho preconceituoso, a Lei se justificará plenamente na repressão a mazelas que forem praticadas em detrimento dos elementares princípios do capitalismo, da livre concorrência e da competição justa e saudável entre as empresas, que não podem se desvirtuar em razão de

atos corruptos que acabam por desequilibrar a sensível dinâmica de uma economia de mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Grupo Societário fundado em Controle Contratual e Abuso de Poder do Controlador*. In: _____. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DAL POZZO, Antonio. *Lei Anticorrupção, Apontamentos sobre a Lei 12.846/2013*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LOPES, Samuel Henderson Pereira. *O instituto da Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002*. [20--] Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9125>. Acesso em: 17 ago. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. *A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas*. [201-]. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BERCOVICI, Gilberto;
SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Um Plano de Ação para o
Salvamento do Projeto Nacional de Infraestrutura*. São Paulo: Contra
Corrente, 2015.

Publicação impressa na Imos Gráfica e Editora.
Rio de Janeiro, 2016.

Impresso em Pólen 90g/m².
Famílias Adobe Garamond Pro
e Helvética Neue LT Pro.

Cada país saberá explicar as raízes de sua própria corrupção. No Brasil, todos os historiadores admitem que essas raízes remontam ao Brasil Colonial. Começou no tempo das Capitânicas Hereditárias, em que praticamente inexistiam as fronteiras entre o patrimônio público e o patrimônio privado, e continuou também no período do chamado Governo Geral, criado em 1548, quando a corrupção também encontrou campo fértil para se desenvolver. Serviu de meio, por exemplo, para driblar os frequentes entraves burocráticos que dificultavam uma simples obtenção de licença ou concessão, necessária ao funcionamento de quase todas as atividades econômicas no Brasil, e que eram outorgadas exclusivamente pela Metrópole. Também a corrupção foi utilizada para superar outros obstáculos judiciais e administrativos da Colônia, tais como superposição de normas (em razão da balbúrdia provocada por um emaranhado de leis desarmônicas e conflitantes), venalidade de magistrados (alguns juizes, inclusive, cumulavam suas funções com a de negociantes) e ainda coexistência das mesmas atribuições entre os diferentes órgãos do Estado, o que gerava constantes obstáculos na relação entre a Administração Pública e a população do País. Infelizmente, e por tais razões, a corrupção ganhou os conhecidos contornos do “toma lá, dá cá”, instrumento utilizado apenas pelos mais aquinhoados para obter favores que não estavam ao alcance dos desafortunados.

www.cnc.org.br

