

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

INTERVENÇÃO ESTATAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE NO COMBATE À CORRUPÇÃO

EDIMUR FERREIRA DE FARIA

MIGUEL KFOURI NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

I61

Intervenção estatal, governança corporativa e compliance no combate à corrupção [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Edimur Ferreira De Faria, Miguel Kfourri Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-349-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Intervenção Estatal. 3. Governança Corporativa. 4. Compliance. 5. Corrupção I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
INTERVENÇÃO ESTATAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E
COMPLIANCE NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Intervenção Estatal, Governança Corporativa e Compliance no Combate à Corrupção: direitos especiais e tutela das minorias na atividade empresarial” reuniu no XXV Congresso do CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, quinze artigos, sendo que um deles não foi apresentado pelos respectivos autores, por isso, não consta desta coletânea.

Os artigos defendidos foram escritos por doutores, doutorandos, mestres e mestrandos, individual ou em coautoria com respectivos orientadores ou professores. Os trabalhos são de alto nível, profundidade e discussão adequados e compatíveis com as exigências próprias dos trabalhos científicos. São textos originais contendo novidades nos campos investigados, abordando questões polêmicas e atuais, ainda pouco enfrentadas pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Os debates e discussões que se seguiram após a cada cinco apresentações foram profícuos e relevantes para melhor compreensão das particularidades do temário do GT. Selecionaram-se, aleatoriamente, alguns dos assuntos objetos dos artigos: desafios do programa compliance social de caráter trabalhista da empresa JBS S.A; o compliance sob a ótica do combate à corrupção e a busca pela cidadania; a não intervenção estatal nas entidades sindicais patronais e a pretensão de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União; autorregulação regulada e a lei anticorrupção no Brasil; compliance como aliado no combate à corrupção na Administração Pública; bloqueio do “WHATSAPP”: a política de segurança de transferência de dados e as medidas de compliance; e responsabilidade civil e a aplicabilidade da teoria do desestímulo no ordenamento jurídico no Brasil.

Essa amostragem revela a diversidade e interdisciplinariedade dos temas debatidos sob a coordenação, apresentação e participação dos Professores Doutores que este subscrevem.

Mais uma vez o CONPEDI e a sua competente equipe estão de parabéns pela seleção das linhas de pesquisa e organização do evento. Neste particular “organização do evento” merecem reconhecimento a Diretoria, professores e funcionários da UNICURITIBA, que não mediram esforços para proporcionar aos participantes do evento a operante organização adequada e funcional da Universidade.

Espera-se que os leitores encontrem nos textos publicados, subsídios para as suas pesquisas.

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria, Professor Doutor - PUC Minas

Prof. Dr. Miguel Kfourir Neto, Professor Doutor - UNICURITIBA

AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A LEI ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL

MANDATE SELF-REGULATION AND ANTI-CORRUPTION ACT IN BRAZIL

Marcelo Ferraz Santos ¹

Resumo

O artigo objetiva investigar o modelo de autorregulação regulada verificando se a Lei nº 12.846, de 2013, valoriza as práticas preventivas do compliance. Para tanto, estudou-se o conceito de compliance buscando sua relação com a regulação estatal, assim como a origem, natureza jurídica e os principais instrumentos jurídicos trazidos pela Lei Anticorrupção tendo como parâmetro a autorregulação regulada e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ao final, conclui-se que a opção da Lei Anticorrupção foi pelo modelo punitivista, elegendo o compliance uma simples atenuante de pena.

Palavras-chave: Compliance, Lei anticorrupção, Autorregulação regulada

Abstract/Resumen/Résumé

This paper purpose to investigate mandate self-regulation model verifying if the Federal Law 12,846/2013, reinforces preventive practices of compliance. Therefore, the concept of compliance was studied searching for its relation with federal regulation, as well as its origins, legal nature and the main legal instruments established by anti-corruption act having as parameter the mandate self-regulation and Brazilian legal planning. As conclusion, the anti-corruption law was build based on punitive model electing compliance just as simple penalty mitigation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compliance, Anti-corruption act, Mandate self-regulation

¹ Mestrando do Curso Direito nas Relações Econômicas e Sociais da Faculdade de Direito Milton Campos. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG)

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, assiste-se a sistemáticas crises financeiras envolvendo diversas pessoas jurídicas (Siemens, Lehman Brothers, Enron, WorldCom, Parmalat, dentre outras). Estes eventos têm sua origem em diversas causas, mas invariavelmente perpassa também por ineficiência dos sistemas de controle interno, ou por ausência de *compliance*. Por outro lado, é crescente a pressão de instituições internacional para uniformização do tratamento dos vários tipos de transgressões perpetradas por meio das pessoas jurídicas, dentre elas, a corrupção.

Com globalização econômica, onde prevalecem as perspectivas mundiais e não regionais, o Estado tem o desafio de coibir novas condutas ilícitas praticadas por pessoa jurídica que ultrapassam suas fronteiras. Frente a esta situação, forma-se um movimento mundial para a regulamentação mínima dos mercados globais com o fito de coibir atos de corrupção.

De acordo com Silveira e Saad-Diniz (2015), alvorece uma nova tendência mundial de prevenção à criminalidade econômica, em que a mentalidade meramente repressora tem sido substituída pela ideia de prevenção seja pela via do Direito Penal ou do Direito Administrativo Sancionador.

Para estes autores, a simbiose entre a autorregulação, por meio do *compliance*, da atividade empresarial e a regulação estatal vão gerar incentivo ao cumprimento de deveres, promovendo prevenção das infrações econômicas, e modelos de responsabilidade da pessoa jurídica.

Nesse cenário, o Brasil promulgou a Lei nº 12.846, de 2013, denominada Lei Anticorrupção, que responsabiliza a pessoa jurídica de direito privado autora de ato de corrupção. Porém, será que se uma empresa adotar ações preventivas com boas práticas de governança corporativa, ou seja, tenha programas eficazes de obediência às leis e estão dispostas a cooperar com as autoridades públicas em procedimentos investigatórios, terá tratamento fomentado e valorizado pela nova Lei Anticorrupção?

O propósito do presente trabalho é investigar o modelo de autorregulação regulada verificando se a Lei Anticorrupção valoriza as práticas preventivas do *compliance*. Para tanto, analisa-se o conceito de *compliance* buscando sua relação com a regulação estatal; a origem, natureza jurídica, e os principais instrumentos jurídicos trazidos pela Lei Anticorrupção: responsabilidade da pessoa jurídica, acordo de leniência e *compliance*, tendo como parâmetro a autorregulação regulada e Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A pesquisa mostra-se relevante para o aprimoramento da relação entre o estado e a sociedade, na medida em que analisa criticamente a regulação estatal que prioriza as práticas sancionatórias, ao mesmo tempo em que apresenta outra perspectiva para que a pessoa jurídica efetivamente contribua com o cumprimento de seus deveres éticos e jurídicos.

O modelo punitivista traz uma pseudojustiça e contribui para que haja a dominação de mercados e também impede o desenvolvimento socioeconômico. Portanto, a temática em estudo possui pertinência, atualidade, grande relevância e mereceu a investigação científica feita na presente pesquisa.

Diante da referida problematização, buscou-se o método dialético de forma crítica, partido de um ponto inicial com perspectiva da autorregulação regulada. Em seguida, pragmaticamente, analisa-se premissas específicas da legislação para se chegar a uma conclusão provável com base na doutrina, leis e artigos.

2 COMPLIANCE E REGULAÇÃO ESTATAL

O termo *compliance* tem sua origem na língua inglesa, verbo *cumply*, ou seja, cumprir. No ambiente empresarial, ele volta-se ao cumprimento de regras, agir de acordo com uma instrução normativa, isto é, está em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. Trata-se de um programa em que a pessoa jurídica, junto com o seu corpo de colaboradores e terceiros parceiros, comprometem-se cumprir atos normativos de órgãos reguladores de acordo com as atividades desenvolvidas.

Além disso, o *compliance* não está restrito ao cumprimento de normas internas ou externas “[...] em termos amplos, refere-se à observância de parâmetros não só legais, mas também de caráter ético e de política empresarial, enquanto em sentido estrito faria referência exclusiva a normativa legal pertinente” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 65).

Nota-se, portanto, que esta ferramenta de gestão é um poderoso instrumento de política de controle das regras de mercado, uma vez que todos os comportamentos de risco à legislação serão identificados, pautados e regulados pelo *compliance*, evitando-se que a pessoa jurídica realize condutas contrárias à lei.

Neste sentido, com o objetivo de prevenir atos de corrupção, os Estados Unidos da América, por meio da Divisão do Departamento de Justiça e da Divisão de Fiscalização da Segurança, elaborou um guia que tem a intenção de promover informações para empresas e indivíduos relacionadas à Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (*Foreign Corrupt Practices Act - FCPA*), onde se enfatiza que “Em um mercado global, um programa de

cumprimento efetivo é um componente crítico de controles internos de uma empresa e é essencial para detectar e prevenir violações da FCPA.”¹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2012, p. 56, tradução livre).

Dentre os elementos do *compliance*, Sieber aponta os estruturais:

1) Definição e comunicação das finalidades e valores a serem observados pela empresa, análise dos riscos específicos correspondentes nas empresas assim como as determinações e as advertências dos preceitos a serem observados e do procedimento para as empresas e seus empregados; 2) Fundamentação da responsabilidade do plano de direção mais elevado em relação aos objetivos, valores e procedimento para evitar a criminalidade de empresa; determinação das responsabilidades em relação ao plano intermediário da direção com a criação de uma seção especializada na empresa (a Seção de Compliance), assim como o esclarecimento e capacitação dos empregados da empresa; 3) Criação de um sistema de informação para a descoberta e esclarecimento de delitos, especialmente para o controle interno pessoal e material, deveres de informação, “sistema de informante” (Hinweisgebersystem) para a recepção de informações anônimas, determinação do canal de denúncias para casos suspeitos a serem esclarecidos (com inclusão da Seção de Compliance e também das autoridades estatais) e de adaptações em curso e desenvolvimento posterior dos programas de compliance; 4) Introdução de controladores externos e controles em relação aos elementos individuais dos programas de compliance e avaliação externa dos programas; 5) Estabelecimento de medidas sancionatórias internas em face de abusos; 6) Criação de estruturas efetivas de incentivo para a realização e desenvolvimento posterior das medidas anteriormente mencionadas. (SIEBER, 2013, p. 298).

Logo, observa-se que o *compliance* é fundamental para modelar a dinâmica do mercado e as atitudes internas da pessoa jurídica. Nota-se também que o *compliance* é um excelente instrumento de política pública regulatória, que promove a autorregulação de comportamentos sociais.

Por outro lado, atualmente, os Estados, sozinhos, não conseguem impedir a corrupção dos mercados, pois não dispõem de competência para atuar em escala global. Logo, dependem da mobilização de organismos internacionais assim como da adesão das pessoas jurídicas que usam o *compliance* como instrumento de redução dos riscos otimizando as oportunidades econômicas.

O autocontrole promovido pela pessoa jurídica, conforme apontam Silveira e Saad-Diniz (2015), insere-se como um mecanismo de promoção à participação de práticas privadas no gerenciamento de riscos e fraudes, seja com a Administração Pública, seja no setor privado.

Não obstante, é evidente a conturbação que causa a necessária regulação do poder público no mercado, mas esta pode ser pontual e mais cuidadosa assegurando a rapidez da

¹ In a global marketplace, an effective compliance program is a critical component of a company’s internal controls and is essential to detecting and preventing FCPA violations.

dinâmica econômica. Por outro lado, seria ingênuo acreditar que as práticas do mercado, por meio somente do *compliance*, serão suficiente para diminuição da criminalidade econômica. Acredita-se que práticas regulatória em que o Poder Público e a iniciativa privada participam cooperativamente têm maior possibilidade de sucesso do que a ação isolada de qualquer um destes seguimentos.

Nesse contexto, Silveira e Saad-Diniz (2015) demonstram que existe um liame entre a “autorregulação regulada” as diretivas do *compliance* e a adequação das condutas corporativas aos modelos de imputação de responsabilidade. Deve-se perceber que a chamada autorregulação regulada – que aqui se mostra da maior importância – diz respeito a uma inteiração das estruturas de autorregulação que serão condicionadas externamente pela regulamentação estatal. Essa inteiração entre regulação pública e autorregulação privada também pode variar, mas é um exemplo típico de uma nova vocação global do Direito de prevenção à criminalidade econômica, a qual envolve também atos de corrupção.

Portanto, para estes autores, a autorregulação regulada promove uma ligação entre as boas práticas na gestão da corporação e a intervenção estatal. Desenvolvendo mecanismos de prevenção de infrações, a partir das estruturas de incentivo ao cumprimento de deveres e abrindo caminho também para a sistematização de modelos de imputação de responsabilidade de pessoa jurídica, diante do descumprimento dos deveres organizacionais.

O que se deve ter em mente é que a autorregulação é necessária para a implementação de uma dinâmica de prevenção de infrações econômicas e da construção de uma política estatal que não tenha por objeto somente a repressão da pessoa jurídica. Se a política for implementada com o fito punitivista, invariavelmente será utilizada para o domínio do mercado e aumento dos custos da pessoa jurídica.

Consequentemente, o Estado deve direcionar o seu poder regulatório para incentivar e valorizar as práticas privadas que construam preventivamente programas de autorregulação. Em último caso, mesmo se a opção regulatória tem o fito repressivo, o *compliance* efetivamente implementado deve ser enaltecido.

Fixadas estas primeiras premissas, analisar-se-á como os instrumentos jurídicos trazidos pela Lei Anticorrupção estão inseridos na perspectiva do modelo da autorregulação regulada.

3 ORIGEM DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei Anticorrupção entrou em vigor em janeiro de 2014, com o fito de estabelecer normas que dispõem “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”, conforme informa em seu preâmbulo.

Na origem, a Lei Anticorrupção é produto de um movimento internacional, liderado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e o Banco Mundial, com o propósito de combate à corrupção e promover o “*nivelamento do campo de jogo*”, uma vez que empresas obedientes a lei são colocadas em desvantagem de competitividade. Este nivelamento teve a influência do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*; o *UK Bribery Act*; a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Neste cenário, o Brasil obrigou-se a criar a Lei nº 12.846, de 2013, atendendo a compromissos internacionais, onde foi ratificada a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção por meio do Decreto nº 5.687, de 2006.

Esse esforço internacional indica um movimento contra a corrupção no seio das empresas e aponta que ele acontece em todos os países indistintamente. Portanto, a corrupção não é um problema específico dos países em desenvolvidos ou subdesenvolvidos. Nota-se que “A corrupção é, historicamente, um fenômeno tão antigo como a própria vida em sociedade, atravessando o tempo, os sistemas políticos e a cultura em si mesma.[...]” (MONGILLO, apud SILVEIRA, 2014, p. 165).

O Brasil já havia tratado do tema por meio de outros dispositivos, tais como: o Código Penal, art. 337-B, artigos 312 e seguintes (crimes praticados contra a Administração Pública); Lei nº 8.429/1992 (denominada Lei de Improbidade Administrativa); Lei nº 8.666/1993, em sua parte penal, artigos 90 e seguintes (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Em especial, a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica também já tinha sido prevista nas leis nº 12.529/2011, nº 8.666/1993 e nº 8.429/1992.

Indagando sobre o motivo pelo qual seria necessária a lei em comento, Hage Sobrinho indica como resposta a necessidade de suprir diversas lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. Resumidamente seriam as seguintes:

- Sanções que alcancem diretamente o agente corruptor pessoa jurídica;
- Sanções que atinjam o patrimônio da empresa corruptora, possibilitando, inclusive, o ressarcimento dos cofres públicos;
- Sanções aplicáveis também pela via administrativa, além daquelas acionáveis pela via judicial cível;
- Responsabilização objetiva, independentemente de culpa ou dolo;
- **Sanções realmente eficazes (isto é, com real poder inibitório, preventivo, dissuasório);**
- Normativo não apenas repressivo, mas que atue, sobretudo, como poderoso instrumento de prevenção da corrupção, incentivando a integridade corporativa nas empresas (pelo sistema de atenuantes, que valoriza sobretudo os bons programas de *compliance*);
- Normas voltadas à facilitação e agilização da investigação, com a colaboração da empresa, via Acordo de Leniência; e
- Regras aplicáveis também à corrupção transnacional. (HAGE SOBRINHO, 2014, p. 4, grifo nosso).

Como se observa, Hage Sobrinho (2014) coloca que a Lei nº. 12.846, de 2013, trouxe sanções realmente eficazes, pois elas teriam o poder real dissuasório inibitório e preventivo. Ora, apesar da referência ao *compliance*, estes atributos são característicos de sanções severas de uma perspectiva punitivista, assim como a responsabilidade objetiva e o acordo de leniência. Diante destes instrumentos jurídicos qual seria a essência da Lei Anticorrupção?

Trata-se de pergunta importante, na medida em que a resposta vai trazer a localização topográfica da Lei Anticorrupção, esclarecendo diversas consequências jurídicas quando da sua aplicação, assim como também entendendo a sua mecânica punitiva: se repressiva ou preventiva.

4 NATUREZA JURÍDICA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

A Lei Anticorrupção tem nítidos contornos do Direito Administrativo Sancionador, Penal e Cível, respectivamente com os institutos da responsabilização administrativa, o acordo de leniência e a responsabilidade objetiva.

A doutrina nacional já vinha divergindo sobre este assunto na Lei de Improbidade Administrativa. Com a vigência da Lei Anticorrupção, intensificaram os debates sobre a unidade do poder punitivo estatal que vincula o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Lopes e Franco, analisando o movimento legislativo de administrativação do Direito Penal, alertam, em complemento, para que se utilize de maneira equilibrada o regime geral do Direito Administrativo Sancionador:

Sob essa ótica, um necessário reparo deve ser feito, ainda que inexistam em nosso ordenamento jurídico um regime geral de Direito Administrativo-sancionador, essa situação não pode ser tida como um “cheque em branco” para a Administração, que permanece adstrita aos limites constitucionais. O Estado, também ao exercer o poder regulador de funções, está estritamente vinculado aos princípios da legalidade, finalidade, segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros. Esta é, inclusive, a posição atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores.” (LOPES; FRANCO, 2013, p. 23).

Neste contexto, a expansão do modelo punitivo por meio de responsabilização administrativa parece ser mais preocupante do que a própria expansão do Direito Penal, na medida em que este ramo do direito conta com um sistema de garantias mais solidificado, enquanto, no Brasil, o Direito Administrativo ainda não.

Confirmando este espectro legal, ao abordarem a Lei Anticorrupção, Silveira e Saad-Diniz apontam que:

O modelo de direito administrativo sancionador tampouco acompanha – como deveria – a mesma proteção de garantias do sistema jurídico-penal. Sem mencionar-se a discussão sobre as finalidades da intervenção punitiva que diferencia o sistema administrativo do penal (que vai para muito além de mera reparação do dano), o perigo que representa a nova regulamentação remonta a delicada antecipação do juízo punibilidade da conduta de que podem ser vítimas[...] (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 327)

Embasado na Constituição da República Federativa do Brasil, Osório (2015) sustenta a unidade do poder punitivo estatal, mas distingue o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Para ele haveria apenas um conteúdo mínimo obrigatório presente nos dois ramos do direito. Ainda assim, explica este mesmo autor, existem pontos comuns, como se percebe na seguinte afirmação:

Do exposto, o que se percebe é que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, se bem que não se valham invariavelmente das mesmas técnicas, nem encontrem os mesmos regimes jurídicos, acabam adentrando núcleos dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva da submissão às chamadas cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. O Direito Punitivo, assim encontra um núcleo básico na Constituição Federal, núcleo normativo do qual emanam direitos constitucionais de conteúdos variáveis, embora com pontos mínimos em comum e aqui talvez resida a confusão conceitual em torno ao debate sobre Direito Público Punitivo. E é precisamente aqui que se deve compreender a unidade do Direito Sancionador: há cláusulas constitucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral. (OSÓRIO, 2015, p. 144).

Por outro lado, Zaffaroni e Pierangeli são categóricos em apontar que como o Direito Administrativo Penal, entendido aqui como Direito Administrativo Sancionador, participa

ainda que parcialmente da função preventiva especial, ele deve respeitar as garantias que vigoram para a legislação penal:

Temos afirmado que o direito penal é o único cuja coerção procura a prevenção especial, ao passo que o resto da ordem jurídica procura a reparação (que inclui a reposição, quando é possível). Enquanto o resto da ordem jurídica provê a segurança jurídica mediante a sanção reparadora (salvo aquelas normas cujas consequências jurídicas não são propriamente sanções, como as medidas tutelares ou assistenciais), e a totalidade das sanções reparadoras configura a função de prevenção especial, posto que com a geral não se satisfaz suficientemente a segurança jurídica. O direito penal administrativo se caracteriza por prover a segurança jurídica por ambas as vias. Daí que dita legislação, por participar parcialmente da função preventiva especial, deve respeitar as garantias que vigoram para a legislação penal. Tais garantias devem ser respeitadas por toda lei que participe – ainda que parcialmente – da natureza penal e mesmo que não seja, propriamente falando, uma lei penal. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 133).

Analisando especificamente a essência da Lei Anticorrupção Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 308) estão convictos de que “Muito embora não se trate propriamente de lei formalmente penal, representa conteúdo material penal, seus efeitos e formas sancionatórias têm fortes incidência na restrição de direitos[...]”. Para embasar este entendimento, os referidos autores trazem a baila as seguintes características:

[...] (1) combate prévio de situações de corrupção, mencionando os termos do *criminal compliance* e prevendo sanções administrativas nem sempre proporcionais; dada a sua natureza sancionatória. (2) Déficit na verificação constitucional do direito de defesa; (3) menção expressa aos 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 (4) disposições sobre o acordo de leniência; (5) punição de atos que obstruam as investigações ou fiscalização; (6) cadastro de pessoas punidas (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 308).

Portanto, a partir da doutrina acima exposta verifica-se que a Lei nº 12.846, de 2013 tem natureza punitiva e deve estar submetida a todos os direitos e garantias constitucionais, sejam eles processuais ou materiais, independente do ramo do Direito a que está ligado. Não necessariamente, estes serão aplicáveis de forma idêntica à dogmática penal, mas à luz dela, sem ambiente para restrições.

Neste cenário, quanto à aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos e judiciais, a doutrina é quase uníssona em admiti-los. Logo, não há motivos para restringir a aplicação de direitos fundamentais materiais contidos na Constituição, tais como culpabilidade, intranscendência da pena, dentre outros.

4.1 Direitos Fundamentais da Pessoa Jurídica

O poder punitivo estatal impõe a aplicação de sanções pela própria administração, entretanto é impossível se afastar de princípios e garantias contidos na Constituição. Ela é quem representa o cerne e o limite para a atuação da República Federativa do Brasil, seja por meio do Direito Penal, seja do Direito Administrativo Sancionador.

Não obstante, é inegável a prioridade de concretização dos direitos fundamentais, conforme aponta Fernandes:

[...] A afirmação da superioridade da Constituição, como norma superior e matriz das demais normas só faz sentido, se direcionada a assegurar a maior proteção possível de iguais direitos fundamentais a todos os membros de uma dada sociedade. No caso brasileiro, então, a preocupação do constituinte em tal tutela se dá desde o Preâmbulo do texto constitucional, quando afirma a “assegurar o exercício dos direitos sociais, e individuais, a liberdade, a segurança”. (FERNANDES, 2013, p. 309).

Para este mesmo autor as pessoas jurídicas também gozam dos direitos fundamentais, na medida de suas especificidades:

No mesmo sentido que o estrangeiro, as pessoas jurídicas, modernamente, são igualmente destinatárias de alguns direitos fundamentais. O STF reconhece, por exemplo, o direito à indenizações por danos morais, o direito à imagem, o direito de propriedade. Assim também não há impedimento para o exercício de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas. Podendo as mesmas reclamar ofensas a seu direito de igualdade, de propriedade, de sigilo de correspondência etc. Há, inclusive, na Constituição de 1988 direitos específicos destas, como o de não interferência estatal no funcionamento das associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem dissolvidas compulsoriamente (art. 5º, XIX). (FERNANDES, 2013, p. 338).

Nota-se, portanto, que a nossa Constituição limitou o poder punitivo estatal indistintamente, uma vez que independente do ramo do direito a ser regulamentado ou de quem seja o sujeito ativo. As leis infraconstitucionais não podem restringir direitos fundamentais.

Sendo assim, constata-se que a Lei Anticorrupção deve inexoravelmente está em consonância com os direitos fundamentais da pessoa jurídica.

5 PRINCIPAIS INSTITUTOS JURÍDICOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Nos subtítulo seguintes, buscar-se-á compreender como os instrumentos jurídicos, que aqui julga-se os mais importantes, contidos na Lei nº. 12.846, de 2013, encontram-se

alinhados com a perspectiva da autorregulação regulada e também com o nosso ordenamento jurídico.

5.1 Responsabilidade da Pessoa Jurídica

A Lei Anticorrupção estabeleceu, em seu artigo 2º, que a responsabilidade da pessoa jurídica seria objetiva. Os atos lesivos que trazem as condutas típicas da Lei nº 12.846/2013 estão descritos no artigo 5º.

A punição, na nova lei em referência, deixa de atingir apenas o funcionário que tenha cometido algum ato de corrupção contra a Administração Pública e passa a punir a própria pessoa jurídica. Isso representa um avanço na perspectiva da autorregulação, no entanto resta saber como esta responsabilização está sendo regulamentada.

Observa-se que esta Lei trouxe dois tipos de responsabilidade, a civil e administrativa, esta visando o ressarcimento do dano e aquela a punição da pessoa jurídica. O legislador fez opção nas duas modalidades pela responsabilidade objetiva sem a comprovação de culpa, sendo novidade a administrativa, diante das graves sanções contidas na Lei em comento. Na modalidade civil não é pacífica esta responsabilidade como regra, já com relação a responsabilidade administrativa objetiva a doutrina diverge muito devido a natureza punitiva deste tipo de imputação.

Moreira Neto e Freitas apresentam a responsabilização da pessoa jurídica como uma tendência, exemplificando com a legislação ambiental (art. 14, §1º, 15 da Lei nº 6.938/1981 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente c/c art. 3º, 16 da Lei nº 9.605/1998) e nos artigos 932, inciso III, e 933, ambos do Código Civil, e apresenta a razão deste tipo de responsabilidade:

A ratio desse dispositivo é, claramente, fomentar que as pessoas jurídicas, elas próprias, instituam sistemas de controle sobre as condutas de seus agentes, de sorte a que evitem a prática de atos violadores da moral administrativa, uma vez que lhes será impossível isentarem-se de eventual responsabilização alegando ausência de culpa in vigilando. (MOREIRA NETO; FREITAS, 2014, p. 6).

O entendimento segundo o qual a responsabilidade da objetiva da pessoa jurídica seria uma tendência é também encontrado na doutrina de Hage Sobrinho:

Não há como reconhecer, todavia, razão para o espanto. Em nosso ordenamento, em regra, a responsabilidade dos entes coletivos é sempre objetiva: basta lembrar aqui a responsabilidade indenizatória das pessoas jurídicas por atos de seus prepostos, a

responsabilidade tributária, a ambiental, a do Código do Consumidor; enfim, tantas são as hipóteses que seria enfadonho enumerá-las. (HAGE SOBRINHO, 2014, p. 5).

Ora, como bem lembrado pelos autores acima citados a responsabilidade que supostamente seria tendência é a indenizatória, e não a punitiva. Esta caminha em sentido diametralmente oposto à responsabilidade administrativa, como se constata a seguir.

Para Justen (2013), é necessário existir um vínculo de comando da pessoa jurídica com o indivíduo que pratica a infração para que ela possa ter a possibilidade de adotar as devidas cautelas. Caso contrário, a responsabilização da pessoa jurídica não seria cabível, por ausência de descumprimento de um dever.

Neste sentido, Osório argumenta também não ser cabível a responsabilização objetiva da pessoa jurídica:

A Lei 12.846/13 ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, não é cabível falar em responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas para fins de imposição de penalidades administrativas. Cabe ao acusador o ônus da prova, que não pode ser invertido. Necessário trabalhar a culpabilidade da empresa, o que requer níveis prudenciais de conduta na tomada de decisões, para atender padrões de probidade (boa gestão), e é precisamente neste campo que pode surgir novo espaço para responsabilidade de pareceristas e maior consistência nos processos de tomada de decisões empresariais. (OSÓRIO, 2013).

Já Bottini e Tamasauskas (2014) apontam que a Lei Anticorrupção seria uma “*lei penal encoberta*” – devido à qualidade e à quantidade das sanções, os contornos dos ilícitos e o bem jurídico tutelado, portanto não é cabível a responsabilidade objetiva.

Ademais, acrescentam estes mesmos autores, que este tipo de responsabilidade afronta o princípio constitucional da intranscendência da pena, artigo 5º, XLV da CF, uma vez que o ato praticado por uma pessoa física vai apenas terceiros. Quais serão? Diretamente a pessoa jurídica e indiretamente sócios, administradores, empregados, dentre outros, independente deles praticarem qualquer ato de corrupção.

Vale lembrar ainda que a maioria das condutas contidas no artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013, exigem elemento subjetivo, e são as mesmas tipificadas como crime na Lei de Licitações. Logo, invariavelmente deve-se comprovar a responsabilidade subjetiva da pessoa física que se encontra vinculada de alguma forma com a pessoa jurídica para só assim buscar a responsabilização da pessoa jurídica.

Assim, diante da natureza punitiva da Lei Anticorrupção, o instituto jurídico da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não se aplica por dois motivos: afronta os princípios constitucionais estabelecidos com a finalidade de limitar o poder punitivo estatal e

ainda não leva em conta praticas autorregulatórias implantadas pela pessoa jurídica, sejam estas eficazes ou não.

5.2 Acordo de Leniência

Quanto ao acordo de leniência, previsto no artigo 16 da Lei nº 12.846, de 2013, observa-se que ele foi idealizado como um instrumento do Direito Penal. Ele foi inspirado no acordo da Lei nº 12.529, de 2011, porém aquele se trata de instrumento com muitas objeções e com poucos incentivos a sua adesão.

A partir da experiência com Lei Antitruste, Martinez e Araujo indicam os três desafios do acordo de leniência da Lei Anticorrupção:

[...] O primeiro é a necessidade de desenvolver um histórico sólido de repressão a corrupção para criar incentivos suficientes para a autodelação (em especial considerando que a lei não prevê a imunidade para o signatário do acordo). O segundo é a resistência a delação e implicações ético-morais do Programa de Leniência. O terceiro é relacionado a necessidade de se criar procedimentos claros e confiáveis de negociação com as autoridades. (MARTINEZ; ARAUJO, 2016, p. 68).

No entanto, verifica-se que os órgãos competentes para realização do acordo de leniência têm a faculdade de fazê-lo autonomamente, porém qualquer um destes pode discordar do acordo de leniência construído e ingressar com a ação contra a pessoa jurídica. Por exemplo: o acordo realizado com a Controladoria Geral da União não inibe o Ministério Público Federal de acusar a pessoa jurídica novamente pelo mesmo fato objeto de acordo homologado.

Neste sentido, Martinez e Araujo constataam este mesmo problema:

O desafio é especialmente relevante no caso da Lei Anticorrupção, dado o grande número de autoridades com poder de firmar o acordo, sendo recomendável que as regras aplicáveis a negociação estejam contidas no aguardado regulamento a ser emitido pelo Poder Executivo Federal, servindo de modelo para a normatização estadual e municipal. (MARTINEZ; ARAUJO, 2016, p. 73).

Outro detalhe incongruente refere-se ao objeto do acordo, somente a pessoa jurídica se beneficiará, ele não abrange os atos praticados pela pessoa física. Esta será responsabilizada pelos ilícitos penais cometidos de forma independente, não integrando o acordo.

Ademais, se a pessoa jurídica ainda fizer opção em realizar o acordo de leniência, o benefício será apenas a redução da pena da multa a ser aplicada.

Não obstante, o acordo só será concretizado, caso a pessoa jurídica reconheça “a *admissão da participação no ilícito*” Silveira (2014, p. 172) corresponde, o que vai de encontro ao princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição.

Por conseguinte, além de contrariar o citado princípio constitucional observa-se ainda que o acordo de leniência contido na Lei Anticorrupção não trouxe procedimentos claros e confiáveis de negociação, assim como a redução de pena é muito pequena para incentivar a autodelação. Verifica-se novamente que o acordo de leniência também tem uma perspectiva punitivista e não voltada para o incentivo à colaboração e a interrupção das práticas criminosas, mas sim punir desproporcionalmente inclusive o participante do acordo (aquele que colabora com as investigações).

5.3 Compliance

A Lei nº 12.846, de 2013, em seu artigo 7º, VIII², estabelece que as empresas que implantarem sistemas de prevenção à corrupção e de *compliance* tenham atenuantes legais caso sejam condenadas como corruptas.

Inicialmente, verifica-se que o programa de integridade, conforme denomina o Decreto nº 8.420, de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, somente atenua a pena. Não foi aventado nenhum outro incentivo para a pessoa jurídica que se compromete a cumprir efetivamente com as regras estabelecidas pelo Estado regulador.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei Anticorrupção não estabelece parâmetros objetivos para se aferir qual será a quantidade da diminuição da pena caso a pessoa jurídica conte com um sistema de autorregulação efetivo.

Vale lembrar também que somente tem direito a atenuação da pena a pessoa jurídica que efetivamente tenha programa de *compliance*. Aquela empresa que utiliza um sistema de controle parcial não terá direito a atenuação da pena.

² Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
[...]

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Silveira e Saad-Diniz, comentando este tópico, demonstram que:

Na interpretação do *compliance* na nova legislação brasileira, dois aspectos iniciais carecem investigação mais detalhada. Primeiro, que se diga que o *non-compliance* não recomenda automaticamente responsabilização. Em segundo lugar, que se ateste que não há critérios legais mínimos para avaliar sua implementação. Os programas de *compliance* podem funcionar de forma mais ou menos eficaz, mas assim como não há correspondência entre o *non-compliance* e a punibilidade da conduta, tampouco *cumply* significa automaticamente ausência de punibilidade. [...]. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 308).

Portanto, constata-se que a Lei Anticorrupção fez opção pelo modelo punitivista, e, o mais grave, ignorando as práticas preventivas do *compliance* efetivamente implementadas pela pessoa jurídica. Isso se constata, durante a análise da responsabilização, no caso de fazer opção pelo acordo de leniência ou quando da aplicação da atenuante do *compliance*.

6 CONCLUSÃO

Posto isso, o que se deve ter como diretiva, é que a autorregulação é fundamental para a implementação de uma dinâmica de prevenção de infrações econômicas e da construção de uma política estatal regulada de forma eficiente. Caso isso não ocorra, esta invariavelmente será utilizada para o domínio do mercado, diminuição da eficiência, e aumentos dos custos da empresa.

Em qualquer tipo de regulamentação do poder punitivo estatal, seja para aqueles que têm uma perspectiva repressiva ou preventiva, deve passar invariavelmente pela valorização da autorregulação, *compliance*, ou qualquer forma de programa de integridade.

No entanto, lamentavelmente, a opção da Lei Anticorrupção foi pelo modelo punitivista com espaço pequeno e obscuro para as práticas preventivas. Este desiderato fica evidente quando se constata que os instrumentos jurídicos trazidos pela Lei nº 12.846, de 2013, priorizou a punição e, o mais grave, ao arrempio do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Isso porquê a responsabilidade objetiva não leva em conta o efetivo programa *compliance* realizado pela pessoa jurídica; o acordo de leniência traz poucos incentivos para sua adesão e não obriga a empresa a criar um sistema autorregulatório; e o programa de integridade gera uma simples atenuação da pena, cuja quantidade da diminuição não se encontra estabelecida ainda com parâmetros objetivos.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. **Revista Consultor Jurídico**, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorruptao>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 11 jun. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act**. Disponível em: <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa>. Acesso em: 10 ago. 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

HAGE SOBRINHO, Jorge. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, p. 37-55, set. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 82, dez. 2013. Disponível em: < <http://www.justen.com.br/informativo> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

LOPES, Luciano Santos; FRANCO, Ticiane Moraes. Administrativização do direito penal econômico. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, P. C. C.; PEREIRA, C. J. L. (Coord). **Direito Penal e Criminologia** (Recurso eletrônico on-line) organização CONPEDI/UNINOVE. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. 620 p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=15>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares. O acordo de leniência da Lei Anticorrupção: lições da experiência antitruste. **Cadernos FGV Projetos**, a. 11, n. 27, p. 67-73, abr. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo; FREITAS, Rafael Vêras. A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Forum**, 2014. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. **Revista Consultor Jurídico**, 20 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 947, p. 157-175, set. 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal, Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. OLIVEIRA, Willian Terra de et al. (Org.). **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: Liber Ars, 2013.

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.