

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

ISABEL CHRISTINE SILVA DE GREGORI

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

ALEXANDRE BUENO CATEB

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Isabel Christine Silva De Gregori, Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Alexandre Bueno Cateb – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-102-9

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Empresas – Legislação. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

O GT DIREITO EMPRESARIAL II contou com 28 artigos muito bem elaborados por pesquisadores de todo o Brasil. Com satisfação, pudemos participar de debates acalorados entre os participantes. A opinião corrente é a de que o Direito Empresarial não pode ser analisado como um ramo de proteção de classes, mas como um mecanismo de crescimento e desenvolvimento econômico.

Preocupados com os rumos recentes pelos quais vem passando o país, em que a crise política se soma à recessão que perdura por mais de um ano, os participantes foram uníssomos em afirmar a necessidade de se garantir à classe empresarial, por meio de instituições fortes e seguras, meios para incentivar o investimento no setor produtivo brasileiro.

LEI 12.846/2013: A NECESSIDADE DE PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS E O RISCO À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

LAW 12.846/2013: THE NEED FOR SPECIFIC PROCEDURES AND RISK TO FUNCTION SOCIAL ENTERPRISE

Fabiano Lopes de Moraes

Resumo

Agindo como agente regulador, o Poder Público, aprovou em 01 de agosto de 2013 foi a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial, implantando no Brasil um sistema anticorrupção empresarial com características semelhantes ao Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) dos Estados Unidos, a UK Bribery Act no Reino Unido, e cumpre compromissos internacionais ratificados pelo Brasil no plano das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O governo brasileiro atendeu às reivindicações sociais mais efetivos para coibir a e punir as empresas nas atividades ilícitas que envolvam prejuízos ao interesse público, em contrapartida o legislador não previu um processo administrativo específico para aplicação de penalidades por tais atos lesivos, podendo as punições encerrar as atividades empresarias, deixando evidente a inobservância do legislador em relação à função social da empresa amplamente respaldado no Artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Anticorrupção, Direitos humanos, Ética empresarial, Função social da empresa

Abstract/Resumen/Résumé

Acting as regulator, the Government approved on August 1, 2013 was Law 12,846/2013, known as the Anti-Corruption Law Business, implementing in Brazil an anti-corruption enterprise system with similar characteristics to the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in the United States The UK Bribery Act in the UK, and fulfills international commitments ratified by Brazil in the UN plan (UN), the Organization of American States (OAS), Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). The Brazilian government has met the most effective social demands to curb it and punish the companies in illicit activities involving damage to the public interest, on the other hand the legislator did not anticipate a specific administrative procedure for applying penalties for such harmful acts, punishments can close down entrepreneurial, making it clear the failure of the legislature regarding the social function of widely backed company in Article 170 of the 1988 Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-corruption, Human rights, Business ethics, Corporate social function

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a Lei 12.846/2013, aprovada com o objetivo de implantar compromissos ratificados pelo Brasil, surge com o objetivo concreto de combater a corrupção e da ética empresarial de forma eficaz, durante anos não havia uma norma específica com meios de responsabilizar forma direta a empresa como pessoa jurídica de direitos, mas somente seus diretores e dirigentes.

Semelhantes à *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), nos Estados Unidos, e *UK Bribery Act*, do Reino Unido, a lei visa suprir esta lacuna e passa responsabilizar objetivamente a empresa que cometer atos lesivos contra a administração pública.

O combate a corrupção deixou de ser um problema exclusivo de países em desenvolvimento e passou a fazer parte da agenda dos países desenvolvidos, a troca de experiências permitiu criar procedimentos de combate à corrupção firmados na forma de tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Segundo relatório da ONG Transparência Internacional, com sede em Berlim, a Alemanha, em seu relatório anual, divulgou que o Brasil ocupa hoje a 72ª posição no *ranking* de índice de percepção da corrupção mundial. Em uma escala de 0 a 100 do índice de lisura nas coisas públicas, o Brasil encontra-se com 42 pontos o mesmo que Bósnia-Hezergóvina, São Tomé e Príncipe, Sérvia e África do Sul, países que, no *ranking*, ficam atrás de outros como Botsuana (30ª posição), Costa Rica (49ª), Ruanda (49ª) ou Turquia (53ª).

Nesta lista, os países menos corruptos têm melhor posição nos *rankings* de competitividade global e de qualidade de vida, como Dinamarca, Nova Zelândia, Finlândia, Suécia e Noruega. Diferente da situação dos mais corruptos, que são: Sudão do Sul, Sudão, Afeganistão, Coreia do Norte e Somália.

Feita a análise dos dados acima entende-se a necessidade da ratificação pelo Brasil aos tratados referentes ao tema, normatizando o assunto com o objetivo focado na diminuição destes números, mas o problema surge quando se questiona se no

Brasil há estrutura para a instituição desta norma.

No entanto os dispositivos que estabelecem o processo administrativo e sua descentralização gera um cenário de insegurança ao empresário na aplicação de penalidades. A ratificação destes tratados pelo Brasil introduz somente a forma punitiva, não seguindo os exemplos dos Estados Unidos onde a investigação por violações em aspectos penais compete ao *Department of Justice*, e quando se tratar de matéria cíveis a competência pertence à *Securities and Exchange Commission*, no caso da Inglaterra que criou a *Serious Fraud Office*.

A partir desta incerteza resta a dúvida de qual autoridade brasileira será competente para ir exercer a função de órgão fiscalizador, seja em nível municipal ou Estadual, a dúvida surge se a normatização irá atingir seu objetivo principal, que é uma redução do nível de corrupção.

Uma lei que não impõe um limite de condenação da empresa, podendo haver a possibilidade de punição tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Uma possível condenação nos moldes da referida lei pode acarretar o encerramento da atividade econômica da sociedade empresarial indo contra a função social da empresa que encontra respaldo na CF/88 (a empresa observa a solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I), promove a justiça social (CF/88, art. 170, caput), livre iniciativa (CF/88, art. 170, caput e art. 1º, inc. IV), busca de pleno emprego (CF/88, art. 170, inc. VIII), redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), valor social do trabalho (CF/88, art. 1º, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), observe os valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV), dentre outros princípios constitucionais e infraconstitucionais).

A ética empresarial, antes mesmo da implantação da lei, já era prática comum nas atividades empresariais por meio da implantação de *compliance*, e de como esta deve ser adaptada ao contexto operacional de cada organização, não houve um tempo para a empresa se adaptar a esta nova realidade.

Aprovada neste termos, a referida lei é uma afronta à 4ª geração de direitos humanos, nesse sentido, essa lei pode ser entendida como um exemplo de liberdade,

igualdade, solidariedade e agora de ética.

1. A TEORIA DA EMPRESA DE ALBERTO ASQUINI

Publicada na *Rivista Del Diritto Commerciale* em 1943 em artigo intitulado “*Profili dell’impresa*” o jurista Alberto Asquini apresenta uma nova concepção do perfil da empresa, traçando um perfil, ou como por ele definido “Teoria do Fenômeno Poliédrico da Empresa”.

Fundamentado no Código Civil Italiano de 1942, ele traz em seu artigo a definição de empresa sendo:

O conceito de empresa é um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado. Esta é a razão da falta da definição legislativa; é esta, ao menos em parte, a razão da falta de encontro das diversas opiniões até agora manifestadas na doutrina. Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno jurídico. Quando se fala genericamente de direito da empresa, de direito da empresa comercial (Direito Comercial), de direito da empresa agrícola (direito agrário), se considera a empresa na sua realidade econômica unitária (matéria de direito). Mas quando se fala da empresa em relação à sua disciplina jurídica, ocorre operar com noções jurídicas diversas, de acordo com os diversos aspectos jurídicos do fenômeno econômico. O intérprete pode corrigir algumas incertezas da linguagem do código, porém sob a estrita condição de não confundir os conceitos que é necessário ter distintos e especialmente aqueles que o código manteve distintos. Para se chegar ao conceito de empresa, o conceito econômico deve ser o ponto de partida; mas não pode ser um ponto de chegada. (Asquini, 1996)

Para Asquini o conceito da empresa é apresentado sob o ponto de vista da realidade social, a Empresa é uma realidade econômica unitária, um fenômeno econômico poliédrico, um fenômeno integrado, que como um prisma (um poliedro) comporta diversas facetadas (ou perfis), cada qual trabalhado no Direito sob um determinado conceito jurídico.

Enxergar a Empresa como um fenômeno econômico poliédrico é a concepção desse ente como uma instituição-organização, podendo ser descrita também em campo social uma visão da empresa como fenômeno jurídico multifacetado, ou fenômeno poliédrico, tratado no conceito econômico de forma una, ainda que multifacetada.

1.1. PERFIL SUBJETIVO

O primeiro perfil tratado por Asquini foi o Subjetivo (a empresa como empresário), que remete diretamente a noção do empresário a econômica da empresa. A definição do termo empresário foi positivado em 1942 pelo artigo 2.082 do Código Italiano, segundo sua definição “quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada, tendo por fim a produção ou troca de bens e serviços”.

Para Asquini, pode se definir como empresário aquele que exerce a atividade empresarial, sendo este o sujeito direito, de maneira econômica organizada, consistente com a organização do trabalho alheio com capital próprio e alheio, que tem como fim a produção para a troca de bens ou serviços, nota-se, que este atua no mercado de forma profissional.

O termo empresário foi normativo aquele que exerce a atividade econômica de forma organizada, sendo enumerado por Asquini inclusive entes públicos, ainda que estes não se proporem a uma finalidade lucrativa, sendo o lucro como um elemento natural deste trabalho profissional e como elemento essencial, corroborando a codificação italiana não se vinculou o exercício da atividade empresarial à finalidade do lucro.

Assim o lucro é subentendido como uma decorrência natural da prática destas atividades empresariais exercida de forma profissional, por ser presença deste a própria condição de viabilidade para continuidade da empresa.

Isto se dá porque a empresa que não gera lucro atua de forma contrária à sua própria função social, ou seja, ela consome mais riqueza que é capaz de gerar, não gerando riqueza para a sociedade.

Ainda que uma empresa não possa gerar lucro nominal, mas o resultado da atividade geral (riqueza e renda) para a sociedade, gerando um lucro intangível que a faz cumprir sua função social.

1.2. PERFIL FUNCIONAL

Segundo Asquini a “atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo” pode ser definido como o perfil funcional da empresa, esta referência remete a vários artigos do Código Italiano que trata do exercício da empresa, seu início, duração, etc.

Segundo Carnelutti, o conceito de empresa como atividade empresarial é o fato jurídico, um evento, um conjunto de situação e relação jurídicas relevantes para o Direito, enquanto o conceito de Empresa como seus meios de produção, azienda ou estabelecimento seria a situação jurídica.

O perfil subjetivo da empresa tem em seu elemento a figura do empresário como célula, como a figura que exercer a atividade empresarial, seu exercício funcional, organizado e planejado, de forma contínua e profissional, da produção e troca de bens e serviços voltados para a economia, para atender às demandas da sociedade.

Segundo os ensinamentos de Carnelutti:

O fato resolve-se numa multiplicidade de situações, a primeira e a última das quais podem chamar-se situação inicial e situação final. Entre uma e outra há um grupo mais ou menos numeroso de situações intermédias, que constituem o ciclo do fato. A situação inicial adapta-se o nome de princípio do fato. Este é o ponto de partida do ciclo. À situação final dá-se o nome de evento. Evento é precisamente aquilo que veio de qualquer coisa, e, por que razão, a última situação, vinda das precedentes. Para que o grupo das situações, situação entre o princípio e o evento, constitua um fato, ou melhor, para que duas situações constituam respectivamente o princípio e o evento de um fato, é necessária, outrossim, uma ligação entre elas. Esta ligação é precisamente uma relação. É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação. E, visto que o primeiro destes dois elementos é de nós já conhecido, convém que observemos o segundo. Trata-se de uma relação entre situação e situação, isto é, de uma relação exterior à situação. Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas e invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio e o evento não exclui o fato. É esta uma reflexão de notável importância para a teoria da realidade e para a teoria do direito. Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade das situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal". (CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Trad. Rodrigues Queirós. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 54-7 apud TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. Revista da Consultoria Geral do Estado, n. 14, p. 41-80). (Carnelutti, 1933).

Cabe ainda uma definição de Asquini, ao afirmar que para a definição da atividade como empresarial é necessário caracterizar as operações fundamentais da empresa, constatar-se o caráter profissional da atividade, de forma que todas as operações que lhe são funcionalmente conexas, adquirem o caráter de operações de empresa.

Para Asquini o perfil funcional da empresa conduz a uma ciranda (*looping*) intelectual, vez que é atividade empresarial aquela praticada ou conexas à praticada por empresário, sendo “empresário aquele que pratica uma atividade empresarial”.

1.3 PERFIL PATRIMONIAL OU OBJETIVO

Este exercício realizado pelo empresário no exercício da atividade empresarial gera relações jurídicas, que tem como titular de direitos e obrigações a empresa, sob este prisma, a empresa possui um patrimônio especial, distinto do empresário.

A personificação deste patrimônio especial, segundo Asquini, não foi recepcionada pela codificação italiana, como seu artigo 2.363 que impõe ao acionista remanescente a responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais, ou o artigo 2.740 que imputa aos devedores responder com seus bens presentes e futuros, salvo limitação da responsabilidade permitida por lei.

Para uma melhor compreensão, deve destacar que àquele diploma surgiu no meio do século XX, período proficiente na positivação dos ditos direitos sociais, ou de segunda geração, que sofreram uma grande transformação na indústria, nas classes operárias, bem com as relações originalmente desiguais e opressivas que caracterizavam tais contratos de trabalho.

Ainda que o contrato social reze a cláusula de limitação da responsabilidade, a doutrina e a jurisprudência normatizaram a utilização da empresa e da personificação de seu patrimônio como instrumento para o inadimplemento de obrigações sociais, razão pela qual no século XX desenvolveu-se com vigor a teoria do abuso de direito e mesmo da desconsideração da personalidade jurídica, justamente para fins de elidir comportamentos simulados, portanto, fraudulentos para tais fins

Ainda que a previsão do código italiano em tratar o patrimônio da empresa como personificado, distinto do empresário, reconhece, ao mesmo tempo, individualidade da organização patrimonial, a que dá lugar o exercício da atividade profissional do empresário em relação ao remanescente do seu patrimônio, é todavia um fenômeno extremamente relevante para o direito.

1.4 PERFIL CORPORATIVO OU A EMPRESA COMO INSTITUIÇÃO

Para Asquini, o perfil corporativo este perfil pode ser definido como:

“Especial organização de pessoas que é formada pelo empresário e pelos empregados, seus colaboradores, visto que esses em conjunto formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais dos empresários e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção, com tal organização realizando-se por meio da hierarquia entre as relações, sujeitas à “obrigação de fidelidade no interesse comum”. (Asquini, 1996)

Pode ser compreendido como agrupamento de pessoas representadas pelo “empresário” e seus “colaboradores” na persecução da finalidade social. Finaliza Asquini que a teoria jurídica da empresa compreende tão somente as seguintes partes:

- a) estatuto profissional do empresário;
- b) ordenamento institucional da empresa (disciplina o trabalho na empresa);
- c) disciplina do patrimônio aziendale e do estabelecimento;
- d) disciplina da atividade empresarial nas relações externas (relações de empresa).

2. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Segundo o Banco Mundial (1997) a corrupção pode ser definida como “o abuso do cargo público para benefício privado”. A ideia que a corrupção é cultural no Brasil, mas não se deve ficar apenas em uma discussão sobre problemas morais ou culturais.

Ao abordar o tema, se fazer uma análise sob o prisma lógico econômico, para Segundo Rose-Ackerman (1997, p. 31) “há incentivos para as práticas de corrupção sempre que uma autoridade pública exerce seu poder de discernimento na distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado”.

A corrupção atinge não só a economia, mas afeta diretamente o aspecto social, o que justifica a criação de políticas no seu combate.

Ao se falar em corrupção são grandes as consequências, podendo destacar algumas como: a contaminação fiscal facilita a evasão fiscal, o que gera perdas no orçamento governamental (Mauro 1997, p. 87); Um governo corrupto prioriza às obras que não atende a população ao invés de investir em educação e saúde (Shleifer e Vishny 1993, 616).

Em processos licitatórios será escolhido aquele que mantém uma relação mais estreita com o governo, e nem sempre aquele que detêm o melhor preço ou melhor produto, o mais grave é que em um país corrupto ele se torna menos atrativo aos investidores internacionais fato que afeta o desenvolvimento de países que buscam tecnologia, aquisição de know-how e realização de grandes projetos de infraestrutura.

Hoje esta afirmação já não cabe mais a ideia que a única responsabilidade social da empresa é aumentar os seus lucros, a política empresarial não está fundada mais apenas no lucro, mas, em atender às expectativas da sociedade, haja vista que os problemas da sociedade não são mais administrados apenas pelo estado, mas as entidades privadas têm grande colaboração.

Após o escândalo de Watergate na década de 70, o então presidente dos EUA Nixon, usava de seu poder para espionar seus opositores políticos.

Isso foi determinante para os Estados Unidos com suas preocupações entre as empresas e a corrupção. Ao iniciar investigações de financiamento político, descobriu-se fundo mantidos de forma irregular por empresas norte-americanas para corromper governos estrangeiros.

Em 1977, o então presidente Jimmy Carter, sancionou a lei Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA), A lei prevê medidas preventivas e repressivas. A fiscalização da aplicação é feita pela SEC e pelo Departamento de Justiça (DOJ).

Com a aprovação da FCPA, os EUA passaram a criar políticas de internacionalização da norma, e pressionar os países a criar normas no combate a corrupção. Levada a fóruns internacionais em como em 1975 na Assembleia Geral das Nações Unidas, e 1976 na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), inicialmente países como França, Alemanha e Reino Unido foram os opositores da iniciativa.

Assim, superaria as discrepâncias entre as condições regulamentares para as empresas dos EUA e as de outros países, que seriam ligadas pelo mesmo regime internacional anticorrupção (Carr e Outhwaite 2008).

Para os EUA o fenômeno da corrupção transcendia o território da América, sendo um problema universal, e com a aprovação da norma por outros países, estaria assegurado em condições semelhantes condições de concorrência equitativas para as empresas concorrentes e aumentar a integridade e a estabilidade do mercado.

Em 1993, o então presidente dos EUA Clinton tinha como sua prioridade política comercial a criação de um tratado internacional anticorrupção, inicialmente a OCDE foi escolhida como a instituição internacional para a implantação do projeto.

O OCDE é formado em sua maioria por países desenvolvidos, havendo alguns em desenvolvimento. Reunidos em 1994, o conselho emitiu a seguinte declaração: “o suborno é um fenômeno generalizado em transações comerciais internacionais, incluindo comércio e investimento, levantando sérias preocupações morais e políticas e distorcendo a condição competitiva internacional”.

Em 1996 foi assinado o acordo da OEA, chamada de “Convenção Interamericana contra a Corrupção”, passando a vigorar em 1997, onde ficou estabelecido que os Estados signatários proibirão oferta de subornos a funcionários

públicos nacionais (artigo VI) e funcionários estrangeiros (artigo VIII).

É notório que todas as normas criadas após a criação da FCPA sofreram sua influência, sendo uma norma regional, e a primeira lidar com o tema.

Em 1997 foi firmada a “Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, sendo a maior diferença em relação ao documento da Convenção da OEA é o seu alcance global.

Criada no mesmo estilo dos tratados de anticorrupção a Convenção da OCDE, não é capaz de coibir automaticamente a corrupção, ainda que ratificado pelos seus membros, há a necessidade de que estes criem leis próprias para combater e criminalizar a conduta corrupta, bem como criar seu mecanismo de controle. Em 2003 foi assinada em Mérida a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Passando a vigorar em 2005.

A consciência que a corrupção gera severos danos na economia, além da consciência internacional, os signatários criaram norma nacionais com o intuito de coibir a prática da corrupção em negócios. Podendo ser citado a legislação dos EUA (FCPA), obviamente, e as reformas que ocorreram na Alemanha (1998), França (2000 e 2007), Japão (2005) e Reino Unido (*UK Bribery Act* – 2010).

Apesar de ser signatário de diversos tratados, o Brasil, enfrentava ainda um grande desafio a ser enfrentado, a implantação da política nacional no combate a corrupção. Considerado a sétima economia do mundo, em franca ascensão era necessário a implantação de norma.

Após a publicação do relatório da ONG Transparência Internacional, na qual o Brasil ocupava um nível de ocupa hoje a 72ª posição no *ranking* de índice de percepção da corrupção mundial, e no índice de lisura nas coisas públicas, com 42 pontos, refletindo a opinião dos observadores em todo o mundo.

O país havia ratificado três tratados internacionais sobre o assunto (OEA, ONU e OCDE) e, atualmente, proíbe a prática de corrupção em negócios internacionais em

seu direito interno.

As críticas eram: a falta de um quadro jurídico eficaz para punir empresas ligadas à corrupção; a ausência de um programa para a proteção de denunciantes; e a necessidade de desenvolvimento de normas de contabilidade, controle interno e auditoria externa, a fim de detectar o suborno estrangeiro.

A corrupção é resultado da interação entre os interesses públicos e privados, mais que uma questão moral, era uma questão de oportunidade, e neste momento que o Estado deve agir, criando praticas a coibir estes atos.

Em janeiro de 2014, após uma vacatio Legis de 180 dias, passou a vigorar no Brasil a Lei Federal nº 12.846/2013, esta norma surge visando atender a expectativa popular quanto a redução nos índices de corrupção, bem como a efetiva punição nos crimes deste tipo, mas devemos analisar além destes pontos.

A lei foi aprovada visando atender a expectativa da população, punindo com maior rigor, e na repressão às atividades ilícitas que envolvam prejuízos ao interesse público e visa punir o corruptor.

Surge como uma necessidade de transparência e lealdade nas operações comerciais, trazendo a ideia de que é mais lucrativo ter ética e ser socialmente responsável. Na verdade que pode se observar no texto de lei foi uma repressão maior do Estado, com uma maneira de forçar as empresas agirem de forma ética, quer seja pela consciência, quer seja pelo aumento dos riscos e maiores penalidades para as práticas ilícitas.

Apesar de não trazer em seu escopo previsão penal, sendo as punições administrativas ou civil, punindo financeiramente as empresas, por possíveis atos de ilicitude com rapidez e agilidade na sua aplicação

O fundamento da lei tem seu respaldo no Caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O legislador visando maior aplicabilidade da lei para aquelas empresas que venham a cometer atividades irregulares, optou pela aplicação da responsabilidade objetiva a empresa afastando a possibilidade de escusa por não conhecimento da prática.

Com isso, as empresas são responsabilizadas, sem qualquer conhecimento prévio, podendo responder na esfera administrativa e civil por atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Os atos irregulares praticados terão punição quando ocorrerem no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Durante o processo histórico da atividade comercial ela se misturava com a figura do próprio comerciante, havendo então uma confusão entre os interesses, esta prática era comum no século XIX baseada em uma ordem econômica fundamentada pelo direito de propriedade como absoluta, liberdade plena para contratar, tornando a empresa uma extensão dos interesses do comerciante

Não cabe mais no século XXI este tipo de gestão, o empresário deixou de ser a figura absoluta e utilizar a empresa com único fim de proteger seus interesses. Hoje passa a reconhecer a empresa com a sua função social, frente ao seu caráter político, econômico e acima de tudo social.

Hoje a empresa é uma efetiva no âmbito social, e distinta da do empresário, para Fábio Konder Comparato:

Se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provêm a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que

gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviços.

Mas a importância social dessa instituição não se limita a esses efeitos notórios. Decisiva é hoje, também, sua influência no comportamento de outras instituições e grupos sociais que, no passado ainda recente, viviam fora do alcance da vida empresarial. Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos – todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu - se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações.

A empresa passa a assumir um papel social e econômico junto a sociedade estimulando o desenvolvimento econômico e social, segundo Comparato:

O titular do poder de controle exerce, efetivamente, como sustentou Champaud, a disposição dos bens alheios e, por isso mesmo, essa propriedade sob a forma de empresa não somente tem uma função, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis não no interesse próprio, mas no interesse social, isto é, de todos os sócios *uti socii*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *múnus*. (COMPARATO, 1976)

Antes de promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei das Sociedades Anônimas já havia a previsão da empresa atender à função social em seus artigos 116 e 154, neste sentido, Comparato:

Como se vê, a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua. (COMPARATO, 1996)

A ordem econômica encontra-se balizada por dois pilares: de um lado o Estado, e de outro a Empresa. Com o fim da República velha, o Estado passou a interferir de forma direta na economia, já trazendo em seu escopo previsões como nas constituições de 1937, 1945, sendo a expressão “Justiça Social” incluso no pela primeira vez no texto constitucional em 1946.

Segundo Gastão Alves de Toledo:

Termo emblemático constantemente utilizado para significar a busca por melhoria das condições de vida da população, já agora encarada sob o ponto de vista de igualdade material, procurando despojar-se da concepção clássica de igualdade perante a lei”. (GASTÃO, 2004)

É recorrente esta expressão nas constituições subsequentes onde há uma busca pela ordem econômica em conjunto pela busca da ordem social. A Carta Magna de 1988 em seu artigo 170 e incisos a normatizou de forma deliberada e classificou a livre iniciativa e seu objetivo na justiça social.

Neste sentido o artigo 170 e seus incisos, nos reporta a concepção de empresa não mais apenas com o objetivo de captar de lucros, mas também responsável pelo desenvolvimento social, por meio da geração de empregos, formação de cidadãos, preservação ao meio ambiente.

O artigo 421 do Código Civil define a função social do contrato, dando a empresa liberdade no exercício de sua atividade, condicionada pelos limites da função social, contrário a ações geralmente exigidas pelo mercado habituado ao melhor lucro pelo menor custo.

A função social da empresa está balizada por valores éticos, isso emerge da busca pelo equilíbrio mercadológico e um modelo social sustentável. Este é o cenário da nova empresa, a empresa moderna que suas atividades são além do lucro, onde as ações sociais fazem parte da política empresarial.

Esse novo modelo empresarial busca inspiração em direitos dignos, como a tutela do meio ambiente, melhoria do ambiente e relações de trabalho, projetos e complementares de auxílio à família do trabalhador.

A ordem econômica constitucional e de acordo com o pensamento funcionalista, passa a ser definida na perspectiva da busca de equilíbrio entre os interesses da empresa e os interesses da sociedade de consumo.

Dessa forma, e por essa linha de raciocínio, são, ainda, funções sociais da empresa o desenvolvimento regular de suas atividades empresariais, com a observância dos mandamentos constitucionais. As atividades empresariais devem atender os interesses não só individuais, como os interesses de todos os envolvidos na rede de produção e circulação de riquezas, vale dizer, interesses sociais.

4. ÉTICA EMPRESARIAL

A liberdade econômica, livre circulação de mercadorias e informações são uma reação da globalização, em decorrência, intensificam a busca por condutas éticas fez que as empresas adotassem um novo paradigma a respeito da conduta de seus colaboradores por meio de implantação de programas de *compliance*.

A ética empresarial já faz parte do mundo corporativo muito antes da aprovação da lei anticorrupção, o código de ética na última década passou de ser mero modismo e passou a fazer parte das diretrizes empresariais.

A empresa encontra em sua atividade voltada ao equilíbrio mercadológico, na efetiva realização da sua função econômica e balizada pela função social, e hoje frente a ética.

Pautada na teoria contratual, onde o princípio de igual liberdade e da diferença devem ser ordenados de modo razoável com vantagem para todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

Os princípios de igual liberdade são aqueles que regem os direitos sociais, econômicos e políticos, enquanto o princípio da diferença se funda em um equilíbrio, onde, qualquer vantagem que outros recebam, o menos afortunado teria o direito não a uma igual porção, mas à sua porção justa.

Os valores éticos emanam dos direitos naturais, e emergem como consequência da necessidade de restringir o poder e a supremacia do Estado. Os direitos são, assim, entendidos pelas pessoas como uma possibilidade, ao seu alcance, de não só reivindicar determinados bens sociais, mas, também, de obter respeito e *status* social.

A despersonalização da pessoa jurídica em caso de abuso pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, prevista pelo artigo 50 do Código Civil, retrata o alcance de compreensão ética da nova feição empresarial.

A população em geral está também mais sensibilizada e atenta aos problemas éticos e, desse modo, uma empresa que não adote um comportamento eticamente correto terá mais dificuldade em impor os seus produtos e serviços no mercado global.

5. OS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA GERAÇÃO

O direitos humanos de quarta geração ainda é divergente quanto ao seu conteúdo, que teria como valor preponderante a responsabilidade e a ética que surge a partir do Estado necessário e ético de direito, caracterizado pela horizontalidade dos direitos humanos, para Norberto Bobbio esta geração de direitos humanos: “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”.

Segundo Paulo Bonavides, defende a existência dos direitos de quarta geração, mas, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme abaixo transcrito:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (Bonavides, 2006)

Além de Paulo Bonavides, outros constitucionalistas difundem o reconhecimento dos direitos de quarta geração ou dimensão, como Marcelo Novelino, quando ressalta que:

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política”. (Novelino, 2008).

A aprovação da lei anticorrupção pode ser entendida como uma tendência prevista na 4ª geração de direitos humanos, nesse sentido, como um exemplo de liberdade, igualdade, solidariedade e agora ética.

CONCLUSÃO

Depois de ser signatário de diversos tratados internacionais, o Brasil ratificou as convenções contra a corrupção firmadas no âmbito das Nações Unidas (ONU), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), bem como atendeu o clamor às reivindicações da população para a criação de mecanismos mais efetivos para coibir a corrupção na Administração Pública.

Com a aprovação da lei o legislador criou mecanismos de punir objetivamente, isto é, independente de culpa ou dolo contra os atos lesivos praticados em seu interesse contra a administração pública.

Ainda que traga a denominação de Lei Anticorrupção, o texto pune não somente os atos de corrupção definidos pelo direito pátrio como o oferecimento ou exigência de vantagem indevida para que o agente público pratique ou retarde um ato de ofício, mas também a prática de atos lesivos à Administração Pública.

As punições a empresa não se restringem às de multa ou demais penalidades, ficando ainda obrigada a reparar integralmente o ato lesivo.

A lei traz em seu bojo um rol de punições, que somente poderão ser aplicadas ao final de ação civil pública ajuizada pela procuradoria dos órgãos da Administração Pública prejudicados pelo ato tido por lesivo ou pelo Ministério Público, cabe destacar que estas punições não isentam as administrativas.

As punições previstas, a responsabilidade objetiva, os efeitos a possibilidade da extensão dos efeitos de decisão condenatória aos demais integrantes do grupo econômico da pessoa jurídica apenada são medidas que visam a criar sanções econômicas efetivas para coibir a corrupção.

Estes são fatos ensejadores da de ética empresarial, implantado hoje nas empresas através de políticas de compliance, esta nova cultura surge com intolerância à corrupção.

O fato que há a necessidade de ser criar meios de punir as empresas que agem de forma contrária à ética empresarial, contudo, faltou ao legislador brasileiro apreciar alguns pontos importantes.

O dispositivo que normatizou o processo administrativo, que visa a aplicação das penalidades impostas aos atos lesivos, serão conduzidos por órgãos, ou entidades da Administração Pública prejudicados pelos alegados atos.

Criou-se meios de punir os atos de corrupção, mas não se estabeleceu um procedimento próprio para apurar e investigar, tem-se como exemplo os Estados Unidos que as investigação por violações ao FCPA, em casos criminais são remetidos ao *Department of Justice*, e à *Securities and Exchange Commission* quando se tratar de matéria cíveis.

O Brasil procurou descentralizar a competência de investigação, ou o procedimento administrativo, ao contrário do que acontece no exterior, optou por não adotar a concentração da competência para investigação de tais atos em órgãos especializados.

Hoje no Brasil a Administração Pública Federal a Controladoria Geral da União possui competência concorrente com os órgãos lesados para instaurar e julgar os processos contra crimes de corrupção previstos na lei, que em regra geral, serão descentralizados.

Esta descentralização acarreta um clima de instabilidade, visto que ensejara menos recursos, por não ter um órgão especializado ensejará situações em que agentes públicos de unidades da federação com menos recursos, sem experiência e especialização, serão chamados para conduzir investigações complexas e avaliar a eficácia e adequação de programas de *compliance* de empresas de grande porte.

A falta de centralização outorgando a competência a um único órgão, capaz de instaurar procedimentos investigativos e julgar, a exemplo do que ocorre em relação às investigações de violações à legislação da livre concorrência, que são conduzidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, passaria uma credibilidade maior as decisões tomadas em crimes contra a corrupção.

A insegurança é causa ainda pelos fatos próprios órgãos e entidades públicos que conduzirem as investigações terão, também, competência para julgar os processos e aplicar penas de multa e de publicação da decisão condenatória nos meios de comunicação.

Esta descentralização, combinada com o acúmulo de competência dada a estes entes pelo legislador, cria um cenário de incerteza e insegurança jurídica as empresas sediadas pelo que Brasil que possuem filiais, agentes ou representantes.

Em virtude da descentralização e facilidade de instauração do processo de investigação, há o risco das empresas terem a elas imputada, pela própria autoridade administrativa que, de forma irregular, auto-se apresentar como vítima de tentativa de corrupção, com a aplicação de pesadas penalidades.

Seria prudente o legislador tem se espelhado o exemplo dos Estados Unidos na forma de condução de investigação, a medida que a lei prevê que somente determinadas penalidades serão por meio de ação civil pública, deveria ter adotado como regra, e não exceção.

Assim, garantir-se-ia ao menos que o processo de investigação e eventual decisão condenatória estivessem sujeitos a revisão prévia pelo Poder Judiciário, o que certamente reduziria em muito possibilidades de erro ou abuso.

Ainda que a lei encontre algumas falhas, é inegável o fato que esta normatização irá conduzir de forma mais ética na forma como as empresas conduzem suas operações no Brasil. A implantação de balizadores éticos dentro do ambiente empresarial com a implantação de compliance tende a ser cada vez mais habitual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCANTARA, E.; SILVA, C. **O Brasil entre os piores do Mundo**. In: Revista Veja, edição 1838, de 28/jan/2004.
- ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109- 126, out./dez. 1996.
- BANCO MUNDIAL. **O estado num mundo de transformação**: relatório sobre o desenvolvimento mundial. Washington. D.C. 1997.
- BANCO MUNDIAL. **Reforma judicial em América Latina y el Caribe**: documento técnico del Banco Mundial n.280S; Washington, D.C. 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.
- CARNELUTTI, F. **Teoria giuridica della circolazione**. Padova: Cedam, 1933.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 2 ed.v.1 São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- Carr, I., & Outhwaite, O. (2009). **Investigating the impact of anti-corruption strategies on international business: an interim report**. Acesso em 14 de Julho de 2014, 2009, de <http://ssrn.com/abstract=1410642>.
- CASTRO JR. Osvaldo Agripino de. **Política e Economia no Judiciário: as ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos**. Cadernos de Ciência Política, nº 7, UNB, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976. p. 103)
- _____. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, n. 732, p. 43-44, out. 1996.
- MAURO, P. Corruption and growth. **Quarterly Journal of Economics**, 11(3), p. 681-712, 1995.
- _____. **Corruption and the composition of government expenditure**. *Journal of Public Economics*, 69, p. 263–279, 1998.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p.-229.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. 1997. "The Political Economy of Corruption." Em: *Corruption and the Global Economy*, editado por Kimberly Ann Elliott, 31-60.

Washington: Institute of International Economics.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. **Corruption**. *Quarterly Journal of Economics*, 108, p.599–617, 1993.

TELLES, Gilson. **Manual dos contratos em geral**. Portugal –Lisboa. 1965.

TOLEDO, Gastão Alves de. **O direito constitucional econômico e sua eficácia**. São Paulo: Renovar, 2004

Transparency International 2011. *Corruption Perceptions Index 2011*. Berlim: Transparency International.

Transparency International. 2008. *Bribe Payers Index 2008*. Berlim: Transparency International.

United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2009*. Disponível em: http://unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf.

_____. *World Investment Report 2011*. Disponível em: www.unctad-docs.org/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf

Webb, Philippa. 2005. **The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity** *Journal of International Economic Law* 8(1): 191- 209.

Wei, Shang-Jin. 2000. **Negative alchemy? Corruption and Composition of Capital Flows**. OECD Development Centre Working Paper 165. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/49/16/2072209.pdf>

Weitzel, Utz, e Berns, Sjors. 2006. **Cross-border Takeovers, Corruption and Related Aspects of Governance**. Tjalling C. Koopmans Research Institute Discussion Paper. Disponível em: <http://SSRN: http://ssrn.com/abstract=909546>

World Bank. 1997. **Helping Countries Combat Corruption: The Role of World Bank**. Washington: World Bank.

ZYLBERSZTAJN, Décio. Rachel Sztajn. **Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações**. RJ: Elsevier, .2005