

Introdução

A questão da corrupção é preocupação presente no radar de organismos internacionais, pois o volume de desvios, fraudes, subornos e outras práticas não condizentes ao comportamento ético, gera um montante abissal de dinheiro público e privado desviado de suas respectivas finalidades. A corrupção, em boa medida, vincula-se à percepção social quanto a existência ou não de mecanismos de controle aptos à realização do diagnóstico de ilícitos e à rápida aplicação de punibilidade.

A corrupção no espectro social decorre do desvio de finalidade do poder público, acrescido da obtenção de vantagens ilícitas. Estes dois elementos constitutivos da corrupção estão entranhados de forma sistêmica na fronteira que separa – ao menos deveria separar – a Administração Pública e o setor privado. Além da preocupação ética há ainda o interesse de impedir práticas que perturbam o mercado, garantindo lisura no sistema negocial.

A discussão ora proposta segue subdividida em três seções. Na primeira, busca detalhar a prática da corrupção no Brasil implícita em seus pressupostos culturais e políticos, com o fito de demonstrar que a atividade corruptiva, uma vez institucionalizada, deve encontrar meios igualmente institucionais para o seu combate. Na segunda seção, ressalta-se a importância da Lei Anticorrupção ou Lei da Improbidade Empresarial, originária das manifestações populares que o Brasil conheceu a partir de junho de 2013. A referida lei veio à lume em agosto de 2013, aprovada em regime de urgência no Congresso Nacional e sancionada na sequência pela Presidente Dilma Rousseff. A lei, no entanto, esperou até março de 2015 para que o Decreto 8420 a regulamentasse. Tais dispositivos normativos criaram a possibilidade de uma conjuntura altamente favorável à uma nova perspectiva de gestão ética no âmbito empresarial. Dentre as inovações apresentadas estão os programas de compliance com códigos de condutas e de integridade. Na última seção, aborda-se, com mais afinco, a estrutura do compliance que é, hoje, uma tendência presente no sistema jurídico internacional. Ainda que a Lei Anticorrupção não imponha a obrigatoriedade de adoção do compliance, sua inserção nas atividades empresariais é vista positivamente como importante ferramenta de prevenção, mitigação de riscos e auxílio nas tomadas de decisões. Os benefícios gerados às empresas pelo compliance são estratégicos para a confirmação de comportamentos mais éticos e de uma nova cultura empresarial. A ética, nesse sentido, não se orienta pela virtude, mas por meio de instrumentos institucionais e jurídicos. É, pois, uma ética mitigada, porém, portadora de confiabilidade quanto à concretização de correções em atitudes e comportamentos deficitários do ponto de vista valorativo.

O problema fundamental a ser discutido e analisado no decorrer do trabalho consiste em saber se a estrutura da legislação anticorrupção, por ora implementada no Brasil, dispõe de condições para uma efetiva mudança de mentalidade nas atividades empresariais. Como hipótese se sustentará a tese de que a legislação em comento poderá, aos poucos, promover a finalidade para a qual foi destinada, a saber, combater à corrupção e instaurar um novo patamar de relacionamento entre os setores privado e público.

Com o objetivo de promover um panorama teórico ao tema proposto, será utilizado como recurso metodológico a análise de textos que intercalam a reflexão nas áreas do conhecimento interdisciplinar. Do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa terá um caráter exploratório contando com recursos de levantamento bibliográfico, tendo como base de dados os periódicos disponíveis na temática e livros que circunscrevem o objeto previamente delimitado. Do ponto de vista do procedimento técnico, a pesquisa será bibliográfica (materiais diversos – livros, legislação, *internet*, etc.) e documental, contando com fontes pautadas na legislação vigente.

1 – A corrupção no Brasil sob a ótica cultural e política.

1.1. Nossas origens.

Diante do caos na qual a democracia brasileira mergulhou nos últimos anos, a ponto de colocar em xeque o ciclo da Nova República, o ceticismo reina quase que absoluto. O sociólogo Sérgio Abranches, ao analisar o quadro atual da política brasileira, firmou o seguinte comentário. “Corrupção e troca de favores são elementos de nossa cultura política. Inserem-se nas regras de funcionamento do sistema, que incentivam intenso jogo de clientelismo e oportunismo no processo orçamentário e nas nomeações para cargos na máquina estatal” (ABRANCHES, 2017, p. 5). A corrupção firma-se em uma estrutura sistêmica que faz do Estado expediente de interesses capitulados na esfera privada. A fotografia deste quadro é tão antiga quanto a história do país.

Na carta testamento da fundação do Brasil, Pero Vaz de Caminha, a serviço da Coroa Portuguesa, abre inusitado expediente no texto oficial para solicitar um favor pessoal: a transferência de seu genro, Jorge de Osório, que se encontrava na Ilha de São Tomé. A missiva é arrematada num tom aquém do *script* institucional – “Beijo as mãos de Vossa Alteza”. Para o antropólogo Roberto DaMatta, a carta de Caminha é a certidão de nascimento do “jeitinho” que se firmaria na cultura brasileira (DaMATTA, 1986, p. 100).

O “jeitinho à moda da casa” revela-se nos arranjos abertos para operar o sistema legal em benefício de interesses privados. O casuísmo se sobrepõe à norma, o caráter impessoal se dilui na pessoalidade, e o funcionário público é um compadre amigo a distribuir favores em nome do Estado. Nesse contexto, para se dar bem é preciso ser amigo do rei.

Rui Barbosa, notório jurista brasileiro, em discurso preparado para a colação de grau dos bacharéis em Direito, em 1920, na Faculdade do Largo de São Francisco, em São Paulo, teceu importante consideração que faz coincidir, apesar da distância temporal, o Brasil contemporâneo com aquele por ele vivido na República Velha. “Ora, senhores bacharelados, pesai bem que vos ides consagrar à lei, num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem e dispõem, as que mandam e desmandam em tudo; a saber: num país onde verdadeiramente não há lei, não há moral, política ou juridicamente falando. [...] É verdade que a execução corrige ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a lei se deslegitima, anula e torna inexistente não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação” (BARBOSA, 2016, p. 48-49)

Dos tempos de Rui Barbosa aos nossos, pouca coisa parece ter mudado. Em 2011, o grupo *Rio da Paz* fincou no gramado do Congresso Nacional 594 vassouras – uma para cada parlamentar – em protesto à corrupção no País. A ideia dos organizadores era, no dia seguinte, fazer a entrega das vassouras aos senadores e deputados. Porém, para a surpresa dos manifestantes, as vassouras, pouco a pouco, foram desaparecendo. Os transeuntes que passavam pelo local tomavam para si o utensílio doméstico e levavam para casa. Nem o evento que pretendia combater a corrupção resistiu à prática corruptiva (MOREL, 2012, p. 168).

O fato demonstra que a corrupção não é exclusividade do aparelho político instalado nos labirintos escuros do Congresso Nacional. A corrupção, contrário senso, também está do lado de fora do sistema político, presente na sociedade e nos valores que a mesma partilha.

1.2. Manifestações populares de 2013: um ponto de inflexão.

A exemplo de vários movimentos de protestos populares que se espalharam pelo mundo, no início da presente década – como a Primavera Árabe no Oriente Médio e no norte da África, o Occupy Wall Street nos EUA e os Indignados na Espanha –, o Brasil também expressou sua aversão ao *status quo* da política por meio das manifestações populares de junho de 2013. O tema da corrupção veio à tona e ganhou força nas principais cidades do país. O pesquisador Marcos Nobre (CEBRAP) conseguiu filtrar importante diagnóstico deste extraordinário

movimento popular, que é considerado o mais impactante fenômeno social das últimas décadas no Brasil. Sua análise foi publicada no livro *Choque de Democracia: razões da revolta*. A obra delinea as causas da crise política em curso e chama a atenção para o bloqueio que o sistema político pratica, desde a redemocratização em 1984, contra a efetiva participação da sociedade.

Nos últimos anos, segundo Nobre, a vida constitucional democrática no país foi impulsionada por eleições regulares, respeitando e fazendo respeitar a legítima alternância de poder. Contudo, as manifestações nas ruas reiteraram unísono que sistema político partidário deixou de lado parte importante da essência democrática: a representação popular. O país alcançou importantes avanços do ponto de vista institucional democrático, mas não conseguiu que o sistema político caminhasse na mesma entoadada. A par dessa constatação, Nobre constrói o conceito de *pemedebismo* para explicar a blindagem do sistema político contra a sociedade.

Nas “Diretas Já” ocorreu a primeira blindagem, quando o povo saiu derrotado nas ruas. A vitória, na ocasião, foi do Congresso Nacional ao impedir que a eleição presidencial ocorresse de forma direta. Na Constituinte de 1988 veio a segunda blindagem por meio do “centrão” com o destacado papel de conter e represar as forças progressistas de diversos segmentos da sociedade. Porém, com o impeachment do presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, as ruas saíram vitoriosas com os jovens ‘caras pintadas’. A partir daí ficou evidenciado que o presidente havia caído por falta de sustentação partidária. Criou-se, desde então, a convicção de que era necessário a costura de amplas coalizações a fim de garantir aquilo que virou mantra na boca dos políticos, a tão visceral “governabilidade”.

Os anos de 1990 conseguiram, aos poucos, consolidar minimamente a vida democrática e a estabilidade econômica. Nesse ínterim, os dois partidos políticos que catalisaram as principais agendas da Nova República – PSDB e PT – polarizaram projetos distintos para o país, o que, de forma salutar, permitiu a existência de aguerrida oposição, sobretudo da parte do PT, oxigenando o governo de Fernando Henrique Cardoso e a própria democracia.

A chegada do PT ao poder em 2002, representou, para grande parcela da população, a possibilidade de avançar além da estabilidade econômica conquistada no plano real, grande marca do governo do PSDB, progredindo na realização dos direitos sociais e, ademais, propondo uma agenda mais progressista ao país. Porém, a oposição ficou diluída em parte por inoperância, sobretudo do PSDB e do DEM, em parte pela escancarada compra de votos no Congresso Nacional levada a cabo pelo PT, que culminou no famigerado mensalão, com a condenação de importantes lideranças da política nacional.

Governar para o PT significou, desde o Mensalão, atrair o PMBD para a sua base de apoio, firmando parceria com uma ala bastante arcaica da política nacional. Governabilidade e

manutenção de poder fizeram, ainda, que Lula chamasse de companheiros outros tantos, de Fernando Collor de Mello a Paulo Maluf, como condição irrefutável para assegurar avanços sociais, ainda que mínimos. Malfadadas companhias bloquearam toda e qualquer possibilidade de o sistema político avançar em demandas que tanto necessitava a sociedade. O sistema político passou a girar em falso não representando senão os interesses dos partidos e de seus caciques sem ressonância aos apelos da opinião pública.

A participação popular, enfim, ficou politicamente bloqueada e, de forma irônica, pelos próprios partidos políticos. Acresce a esse quadro o pífio crescimento econômico, além do fantasma da inflação que passou a rondar novamente o consciente coletivo, e, por último, a criminalização do atual modelo político partidário levado a cabo pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do Mensalão. São ingredientes mais que suficientes para alimentar as reações de indignação e de revolta observadas nas ruas a partir de junho de 2013.

Na história política brasileira, o autoritarismo, o jeitinho e a malandragem sempre prosperaram fartamente sobre frágeis instituições democráticas incapazes de perenidade. O Estado, para muitos, constitui fonte inesgotável a ser apropriado privadamente, desde o mais incauto eleitor que extorque candidatos em troca de benesses pessoais, até políticos e empresários que deliberadamente se fartam de propinas abastecidas com dinheiro público.

É um Estado que nunca conseguiu assumir sua face plenamente social, pois quase sempre foi vilipendiado por uma classe altamente especializada em gerir a malversação do dinheiro público. Antes de atender às demandas da sociedade, o Estado fica à mercê do enriquecimento ilícito de pessoas e grupos, que agora, felizmente, toma-se conhecimento de suas faces ocultas.¹

É um Estado que também tem dificuldade de ser liberal. As empresas parecem não prosperar pautadas nas regras de mercado, já que são incapazes de gerir suas atividades valendo-se de competitividade e aprimoramento técnico de seus produtos e serviços. O enriquecimento é caminho seguro na medida em que privatizam o Estado, departamentalizam o Parlamento e transformam Senadores e Deputados em CEOs a defender os seus interesses longe dos holofotes da opinião pública.

1.3. Novos tempos?

¹ Vale lembrar que a Operação Lava Jato, em funcionamento desde 2014 por meio da força-tarefa levada a cabo pela Polícia Federal em parceria com o Ministério Público Federal, tem permitido a revelação de uma estrutura promíscua e pouco republicana entre agentes políticos e empresários no Brasil.

Diante das manifestações de junho de 2013, o Congresso Nacional elaborou um pacote de medidas que, na época, foi anunciado como resposta às reivindicações sociais espalhadas pelas ruas do país. No pacote foi incluído o Projeto de Lei 6826, de 2010, que visava regulamentar o combate à corrupção, compromisso assumido pelo Brasil, desde 2000, junto a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Em 04 de julho de 2013, o referido Projeto de lei entrou na pauta do Senado Federal em regime de urgência, sob a alegação de que o mesmo atenderia, em parte, a pauta de reivindicações postas nas ruas e, na sequência, em 1º de agosto, foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff. A Lei 12.846/13 ou Lei Anticorrupção, como ficou conhecida, entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, mas permaneceu à espera de decreto presidencial que a regulamentasse até 2015. Frente às novas manifestações populares ocorridas em 15 de março de 2015, a Presidente Dilma Rousseff, em mais um gesto simbólico de combate à corrupção, baixou o Decreto 8420, em 18 de março de 2015, regulamentando a lei.

A lei ainda é objeto de grandes debates e discussões, mas é inconteste que trouxe avanços significativos no combate à corrupção, além de adequar a legislação brasileira à Convenção das Nações Unidas e à Convenção Interamericana, naquilo que ambas propõem de enfrentamento à corrupção. Importante passo institucional foi dado, em boa medida, como consequência da participação e da pressão popular.

A legislação nascente pode contribuir para cunhar uma nova cultura, com mais transparência e ética, capaz de impedir a permanente confusão entre o público e o privado e com isso promover o combate à corrupção.

No tocante à corrupção, em que pese constituir um conceito multifacetado e complexo, cabe ao propósito do presente trabalho tratá-lo como um conceito originário na fronteira entre o público e o privado. E, por esse motivo, a corrupção, em sentido lato sensu, refere-se ao uso indevido do poder público para a obtenção de vantagens pessoais. Na Administração Pública vigora o princípio da finalidade, visto que todo ato por ela promovida visa a realização do interesse público. Quando o administrador deixa de atender à finalidade que lhe é peculiar e passa a perseguir interesses pessoais, haverá desvio de finalidade e, portanto, a consumação da corrupção. “Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade” (MEIRELLES, 2011, p. 87).

Evidencia-se que a corrupção é gerada a partir de dois fundamentos conjugados: o desvio de finalidade inerente ao exercício de poder que convém ao ente público e a obtenção de vantagem pessoal de forma ilícita (PETRELLUZZI, 2014, p. 21).

Os desdobramentos da corrupção vão muito além da quebra de valores éticos e de princípios morais, pois constituem prejuízos monetários de proporções elevadas que impactam a economia, fragilizam as relações negociais e afetam os mais pobres. No Brasil, dados apontam que o custo médio da corrupção consome de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto – PIB. Estes números mostram que a soma de recursos desperdiçados com a corrupção varia entre R\$ 50,8 bilhões a R\$ 84,5 bilhões por ano. “Tais valores correspondem à verba investida pelo Governo Federal no Programa de Aceleração do crescimento (PAC), entre os anos de 2007 e 2010, na implantação, manutenção e reestruturação de rodovias, ferroviárias, aeroportos, portos e hidrovias.” (MARINELA, 2015, p. 30).

Em grau comparativo, vale a pena mencionar que em 2014 a Comissão Europeia divulgou o primeiro relatório anticorrupção da União Europeia. O relatório, enfim, mostrou que a corrupção afeta todos os Estados-Membros e gera prejuízo à economia europeia na ordem de 120 milhões de euros por ano (MARINELA, 2015, p. 25). Dados divulgados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, aponta que o custo da corrupção no mundo consome aproximadamente 5% do produto mundial bruto, o que equivalente a 2,6 trilhões de dólares (PETRELLUZZI, 2014, p. 21).

É importante atentar-se que a prática corruptiva não é uma exclusividade do Brasil. Dados apresentados pela Transparência Internacional acerca da corrupção, em 2013, demonstram que mais de dois terços dos 177 países avaliados possuem uma elevada percepção da prática corruptiva em seus países, percepção aguçada pela inexistência de mecanismos que permitam o efetivo controle e combate da corrupção, além da ausência de instrumentos de punibilidade. O Brasil, na ocasião, ocupava a 72ª posição no ranking da corrupção.

1.4.O combate internacional da corrupção

A corrupção perpassa a estrutura do capitalismo global. A planificação do mercado como espaço de realização de trocas, com base no princípio da equivalência ou no *ethos* da calculabilidade, não mais justifica o purismo do liberalismo ao defender que as regras do mercado tudo determina e realiza, inclusive, os pressupostos de justiça. Há tempo se percebe a insuficiência das regras do mercado no gerenciamento de negócios portadores de lisura. Na década de 1970, o escândalo Watergate que envolveu várias empresas norte-americanas e impôs

a renúncia do presidente Richard Nixon, produziu importante efeito pedagógico quanto à criação de mecanismos de controle e combate à corrupção.

A sucessão de escândalos levou a edição do *Foreign Corrupt Practice Act – FCPA*, em 1977, primeiro diploma legal nos EUA a criminalizar condutas de suborno e de envolvimento de práticas de corrupção na fronteira entre o poder privado e poder público. Importante registro a respeito dessa lei anticorrupção menciona que o propósito de sua instituição foi primeiramente mercadológico e só secundariamente, por assim dizer, ético. “Há que se compreender que a edição dessa legislação decorreu do entendimento norte-americano no sentido de que o pagamento de propinas a um agente público é algo que desvirtua a concorrência e viola as leis do mercado, atingindo os fundamentos do regime capitalista. Não se tratou, pois, apenas de questão ética ou postura moral, mas, sobretudo, de manter o sistema saudável e impedir práticas que turbavam o mercado” (PETRELLUZZI, 2014, p. 24).²

A ética, quando posta na quadra do capital, adquire uma conotação funcionalista e pragmática. Não se observa nesse campo que a ética vá promover uma discussão acerca dos fins partilhados comumente na sociedade, discutir-se-á apenas e tão somente medidas corretivas para que o mercado opere sem prejuízo. Se a ética penetra na economia em razão de um déficit normativo que é próprio do mercado, há de se olhar o fato positivamente, mas sem muito entusiasmo, pois não se está diante da possibilidade da tematização dos fins, somente da mensuração de meios. Trata-se de uma ética mitigada.

2. Lei Anticorrupção ou Lei de Improbidade Empresarial

A lei anticorrupção – Lei 12.846/13, também chamada de Lei da Improbidade Empresarial ou ainda Lei da Empresa Limpa – em alusão à Lei da Ficha Limpa, aprovada recentemente no Brasil e que impede candidatos sentenciados em decisões colegiadas de concorrerem à mandatos eletivos – impõe uma mudança bastante significativa no tratamento dispensado à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado. O Art. 1º da Lei 12.846/13 dispõe “sobre a responsabilização objetiva e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Além da imputar responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, a lei impõe preceitos de

² A lei anticorrupção e demais medidas de combate à corrupção foram firmadas no Brasil por influência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Segundo Roberto Delmanto Junior, em artigo publicado na Folha de S. Paulo, em 21/05/2017, a OCDE faz lembrar “o utilitarismo do inglês Jeremy Bentham e o pragmatismo norte-americano”. Conferir: DELMANTO JUNIOR, Roberto. “JusInjustiça”. In: Folha de S. Paulo, Opinião A 3, 21 de maio de 2017.

extraterritorialidade como forma de proteger a Administração Pública nacional ou estrangeira. Fica claro que o bem material jurídico tutelado é o patrimônio público. A lei busca, nesse quesito, criar um novo marco de relação entre a Administração pública o setor privado.

No tocante à Constituição Federal, o termo “administração pública” aparece subdividido em administração pública direta – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – e administração pública indireta – autarquias, fundações públicas e as empresas estatais que incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista. O termo “administração pública” empregado em sentido lato senso na Lei Anticorrupção deixa entrever o legislador pretendeu abarcar a atividade administrativa em sua totalidade. A interpretação de que a Administração Direta e a Administração Indireta, ambas, configuram-se como sujeitos passivos à luz da Lei Anticorrupção, ganha força entre especialistas, como é o caso de Fernanda Marinela (MARINELA, 2015, p. 45).

Quanto à responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, cabe considerar a distinção que se impõe quanto à responsabilidade no âmbito civil e a responsabilidade na esfera administrativa. No domínio civil, a responsabilidade possui caráter reparatório, pois tem como pressuposto a existência da ocorrência de um dano e a necessidade de sua reparação. Vale-se da noção da *restitutio in integrum* ao exigir a restituição completa da vítima à condição que ele detinha antes da realização da lesão. A responsabilidade administrativa, por outro lado, decorre do descumprimento de preceitos normativos pré-estabelecidos, os quais geram ao transgressor sanções de natureza administrativa, como o pagamento de multa pecuniária, interdição, suspensão, embargo, proibições diversas, interrupção de benefícios concedidos pelo Estado, etc. A responsabilidade administrativa condiciona a imposição de sanções à condutas ilícitas que ferem dispositivos normativos previamente estabelecidos na forma da lei. O caráter sancionatório da responsabilidade administrativa aproxima-se, em boa medida, dos princípios do direito penal.

Evidencia-se que tanto a responsabilidade civil quanto à administrativa operam de forma complementar, ora impondo a reparação de danos, ora submetendo-se aos preceitos sancionatórios da Administração.

A análise da responsabilidade objetiva, no entanto, dispensa a consideração da conduta ou da prática ilícita na geração do dano. Pode-se afirmar que o caráter objetivo da responsabilidade “dispensa a análise subjetiva da conduta do causador do dano” (PETRELLUZZI, 2014, p. 52). É uma responsabilidade sem culpa, pois não está focada no comportamento do agente quanto à determinação de sua responsabilização, mas na observância de preceitos jurídicos claramente delimitados e legalmente firmados. Trata-se, pois, da

vinculação da responsabilidade à teoria do risco – amplamente admitida no Código Civil de 2002.³ Para a configuração da responsabilidade objetiva basta aferir o nexo causal entre a conduta e o dano.

O aspecto inovador da Lei Anticorrupção é que ela estende a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, dispensando a dimensão subjetiva “da pessoa natural que tenha praticado o ato ilícito favorecendo os interesses da pessoa jurídica” (PETRELLUZZI, 2014, p. 53)

Deve-se notar que as implicações legais e as sanções previstas na Lei Anticorrupção reportam-se às pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas nacionais ou estrangeiras, que mantenham de alguma forma relação com a Administração Pública. O rol dos destinatários que se submetem ao seu conteúdo normativo estão contidos no parágrafo único, do Art. 1º da Lei 12.886/13, onde se lê: “Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda temporariamente.”

Contudo, o Art. 44 do Código Civil disciplina o rol de pessoas jurídicas de direito privado, incluindo as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. A questão, no entanto, é que os partidos políticos à luz do Código Civil são considerados pessoas jurídicas de direito privado e recebem direito público por meio do fundo partidário, porém, não foram incluídos de forma explícita entre os destinatários da Lei Anticorrupção. Isso abriu amplo debate de proporção político-jurídica ainda não inteiramente pacificada.⁴ Esta é uma questão importante,

³ Código Civil, Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, os casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

⁴ Na medida que o artigo 44 do Código Civil, ao mencionar o rol de pessoas jurídicas de direito privado, incluiu os partidos políticos, a Lei Anticorrupção deixou de mencioná-los. Isso tem gerado amplo debate, visto que, por um lado, há aqueles que defendem que os partidos também devem ser responsabilizados objetivamente pela prática de corrupção que envolva relação com a Administração Pública. É o exemplo do Juiz Anderson Ricardo Fogaça, do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, ao defender que “caso um partido político obtenha doação oriunda de desvio de dinheiro público, seja por meio de caixa 2 ou não, poderá o partido sofrer as sanções da lei por se tratar de pessoa jurídica de direito privado”. Na mesma linha segue o professor da USP, Modesto Carvalhosa, afirmando que os partidos políticos beneficiados nos esquemas de corrupção sejam enquadrados, como pessoas jurídicas, na Lei Anticorrupção. Até porque a Operação Lava-Jato já sinalizou o pagamento de propina, fruto de contratos superfaturados na Petrobrás, à quase cinquenta políticos de várias siglas partidárias. Mais recentemente, com a publicidade da delação premiada realizada pelos sócios da JBS junto ao Ministério Público Federal, foi revelado que a empresa distribuiu propina à campanha eleitoral de 1829 políticos no país, distribuídos em 28 siglas partidárias, em troca de contrapartidas no setor público. Por outro lado, há os que defendem que sem expressa disposição em lei, não há como incluir os partidos políticos na Lei Anticorrupção. É o caso do Procurador de

visto que as várias forças-tarefas promovidas entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, com destaque a Operação Lava Jato, têm revelado estruturas de corrupção, quase que institucionalizadas, entre empresas e partidos políticos. Em que pese a responsabilidade objetiva dos partidos políticos estar sob juízo no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, há de sopesar o impacto positivo que a Lei Anticorrupção tem causado no meio empresarial, fomentando e incentivando que as pessoas jurídicas se ocupem de ações preventivas com o objetivo de evitar que seus colaboradores venham a cometer atos ilícitos ou desabonem o comprometimento com ações éticas.

Aspecto de incontestável importância sobressai no Art. 7, inciso VIII, da Lei Anticorrupção, quando esta destaca que serão levados em consideração na aplicação das sanções “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Trata-se dos programas de *compliance*. Originário do Direito Americano, o *compliance* é um procedimento adotado pelas pessoas jurídicas com o objetivo de adequar as suas ações conforme às exigências legais e normativas impostas pelo Estado ou Órgãos reguladores. Em síntese, o *compliance* é “o conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares e implementar princípios de ética e integridade no ambiente negocial” (MARINELA, 2015, p. 129).

As empresas, de modo geral, são induzidas pela Lei Anticorrupção a adotarem práticas de integridade e de conformidade, assumindo um grau elevado de responsabilidade e de comportamento ético. Não significa que as empresas tornar-se-ão mais éticas em razão de portarem virtudes que lhes são inerentes, mas, sobretudo, porque a lei em comento atenua a punibilidade, em casos de ilícitos, desde que se comprove a existência e o funcionamento de programas de *compliance*. A lei, na verdade, impõe uma espécie de ética mitigada. A empresa adota uma postura de lisura ética como forma de evitar a prática de ilícitos e, na medida que ela

Justiça de São Paulo, Marco Vinício Petrelluzzi, ao afirmar que “os partidos políticos e suas fundações podem ser sujeitos passivos dos atos lesivos à Administração Pública por receberem recursos do Poder Público, mas não estão inclusos na relação de possíveis sujeitos ativos da Lei anticorrupção”. Para Fabio Medina Osório, presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado, “os partidos políticos são veículos das democracias contemporâneas e suas impurezas podem ser tratadas pela boa aplicação dos mecanismos de controle do Direito Eleitoral, já consagrados”. A questão perpassa a necessidade de coadunar a normatividade legal à facticidade social da realidade brasileira. Por ora, enquanto isso não é equacionado, o Partido Social Liberal (PSL) ajuizou ação no Supremo Tribunal Federal – STF questionando a constitucionalidade da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado. A ação não foi julgada até o momento.

demonstra autocontrole de seus atos e comprova que o faz de forma eficaz, poderá, em caso de ilícito praticado por seus colaboradores, obter atenuação da penalidade imposta.

A comprovação do programa de compliance não exclui a responsabilidade de a empresa reparar o dano, apenas concede-lhe vantagens quanto à diminuição da sanção a ser atribuída na ocorrência de um ilícito. Num quadro comparativo, nota-se que a aplicação do compliance na Espanha e na Inglaterra permite, no primeiro, a redução ou até mesmo a exclusão da responsabilidade penal da empresa; e, no segundo, a eximir completamente a responsabilidade da pessoa jurídica. “Lembrando que em nenhuma hipótese em nosso país haverá a possibilidade de excluir o dever de reparar o dano caso existente. De qualquer sorte, é importante que o quantum de benefício que a pessoa jurídica poderá obter esteja normatizado, o que sobremaneira será um grande estímulo para as empresas implementarem tais programas” (MARINELA, 2015, p. 132).

O compliance ganhou força com o Decreto 8420, de 18 de março de 2015 que, ao regulamentar a Lei 12.846/13, estabeleceu as sanções administrativas pautadas em multas e na publicidade dada à decisão administrativa sancionadora. As multas seguem um aumento percentual gradativo de acordo com o faturamento bruto da empresa. Caso não haja condição de aferir o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, o valor da multa será limitado entre seis mil reais e sessenta milhões. No caso de possível aferimento, a multa poderá chegar a 20% do faturamento bruto da empresa.

De qualquer modo, o fator desencorajador na realização de ilícitos está na prudência em evitar as consequências da penalidade que pode recair sobre a empresa, já que a responsabilidade da mesma é objetiva. A Lei Anticorrupção, na verdade, atribuiu à pessoa jurídica uma espécie de responsabilidade compartilhada. Em outros termos, pode-se dizer que o Estado privatizou a responsabilidade, impondo à empresa um elevado grau de prevenção, uma ética, por assim dizer, mitigada.

3. Programa de Compliance ou Integridade

A Lei Anticorrupção menciona os procedimentos de integridade no inciso VIII, do Art. 7º, quando se refere à aplicação de sanções, ressaltando que a punibilidade não deve desconsiderar a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, bem como a aplicação efetiva de códigos de ética. O compliance, nesse sentido, como já demonstrado, constitui-se em meio de atenuação da pena, caso a empresa comprovadamente tenha praticado o ilícito. O Decreto 8420/15 não apenas trata das sanções administrativas e demais

encaminhamentos judiciais, como discorre ainda, em capítulo próprio, a respeito do programa de integridade. Os artigos 41 e 42 do Capítulo IV do Decreto 8420/15 são dedicados a explicar os aspectos necessários para a existência e a efetividade de um programa de compliance. Outro parâmetro legal a subsidiar a temática é a Portaria nº 909, de 07 de abril de 2015, da Controladoria Geral da União – CGU, que dispõe sobre a avaliação dos programas de integridade das pessoas jurídicas.

O compliance não é apenas ferramenta de combate à corrupção como se depreende da lei em comento. É também prática de boa governança que visa o melhor gerenciamento de empresas privadas que, a depender do setor de mercado no qual operam, vivem em permanente instabilidade legislativa. Nesse sentido, o compliance é visto como ferramenta de gestão a equilibrar a boa governança, os riscos inerentes à atividade negocial, a conformidade às regras que mudam permanentemente e a instrução de tomadas de decisões. A não conformidade à regras estabelecidas potencializam o risco, aumentam as chances de decisões frustradas que acarretam prejuízos e maculam a imagem da empresa. “Está claro que gestão e governança são conceitos extremamente relevantes para qualquer gestor, independentemente do tamanho e da natureza jurídica da organização, principalmente porque no atual cenário não há mais espaço para a simplicidade administrativa do passado” (SILVA, 2015, p. XV).

O compliance, se bem aplicado, torna-se um importante mecanismo de prevenção ao descumprimento de normas, de combate a fraudes e de desvios de condutas, além de reduzir riscos e aprimorar deliberações futuras. Com a intensificação e a democratização da informação que permeia a sociedade contemporânea, as empresas também devem, em escala cada vez maior, estarem abertas a lidar com as informações de forma transparente e, ademais, atendendo à expectativa social. O diálogo franco com a sociedade, com o mercado e com os órgãos estatais reguladores é responsabilidade primeira das instituições privadas e a eventual não conformidade às normas que asseguram uma relação ética e transparente pode ocasionar danos à imagem da empresa, perda da confiança e prejuízo em seus ativos. Enfim, o compliance é um conjunto complexo de diretrizes que intercala a gestão integrada de riscos à procedimentos de resiliência institucional. Impõe-se como ação preventiva de caráter prudencial a evitar danos e ilícitos.

A palavra compliance deriva do inglês *to comply* e, dentre os vários significados possíveis, cabem “cumprir, concordar, obedecer, consentir”. Em linhas gerais, o termo é empregado para designar “conformidade” ao cumprimento da legislação, das diretrizes e dos regulamentos internos e externos. Dentro de um marco regulatório, o compliance visa adequar-se para manter a reputação da instituição, mitigar riscos, evitar a prática de ilícitos, prospectar

competitividade e servir, ademais, como importante mecanismo de gestão à balizar tomadas de decisões.

Diante das várias funções que o compliance ocupa em uma instituição, há de mencionar que a regulação do fluxo de informações a permear as relações internas e externas de forma transparente, sobretudo, de caráter mais institucional e menos pessoal, torna efetiva a prática de valores éticos e princípios morais que asseguram um nível elevado de responsabilidade, não apenas econômica e legal, mas social. O compliance, nesse sentido, ao compelir ações em conformidade à normas estabelecidas tem o poder de promover práticas em consonância às obrigações regulatórias, ampliando o estofa da responsabilidade institucional, além de assegurar a integridade ética e sustentável dos negócios. A recusa aos programas de compliance pode acarretar crises de confiança, diminuindo drasticamente o desempenho de uma companhia quanto ao acesso à crédito e a reputação perante o público consumidor. Não é possível compreender o compliance fora da esfera ética e do arcabouço da responsabilidade social.

Do ponto de vista legal, o risco da não conformidade gera como consequência a imposição de sanções na esfera jurídica que, em muitos casos, impactam economicamente a saúde financeira da empresa e a sustentabilidade do negócio. Do ponto de vista ético, a não conformidade implica na perda de reputação e de credibilidade aos olhos da sociedade, lembrando que a reputação pode ser arruinada apenas com base na percepção da publicidade negativa imputada à instituição e não necessariamente sobre fatos concretos. A ética move-se pautada na expectativa de comportamento. E uma expectativa de comportamento frustrada rompe o condão da confiabilidade.

É importante que as empresas, a despeito do custo para a sua implantação e manutenção, adotem sistemas de controle interno com auditoria externa, a fim de evitarem problemas jurídicos futuros e processos judiciais desnecessários, diminuindo, assim, riscos legais e desperdício de dinheiro. Com isso, é possível constatar que o programa de compliance “traz benefícios não apenas em termos de ganho de valor e competitividade no médio e no longo prazos, mas contribui decisivamente para a própria sobrevivência da organização” (SILVA, 2015, p. 11-12). É demonstração clara de que o compliance contribui para uma concepção mais ética e sustentável dos negócios. E talvez este tenha sido o maior mérito da Lei Anticorrupção, a saber, o estímulo à internalização de valores éticos no contexto das instituições privadas. Não há como falar em ética senão em seu sentido mitigado, uma vez que a adoção de comportamentos diligentes por parte das empresas está diretamente ligada aos benefícios de prevenção e de reputação já elencados e, sobretudo, à atenuação das penalidades impostas em casos de ilícitos.

Num quadro comparativo, a redução da penalidade decorrente da aplicação da lei Anticorrupção é bem menor no Brasil do que em outros países. No Brasil, não há possibilidade de excluir a obrigação de reparar do dano produzido, nem eximi-la completamente. O que há é uma diminuição da penalidade e, em que pese o *quantum* de benefício pessoa jurídica possa obter, já há nesta iniciativa um bom incentivo para que as empresas não se furtem à implementação de um efetivo programa de compliance.

A importância da lei em comento é inegável, porém, existem pontos que necessitam ser melhor explorados, como, por exemplo, a adoção de medidas que permitam adaptar a Lei Anticorrupção às pequenas e médias empresas. Informação publicada no Jornal Folha de S. Paulo demonstra que o custo de um programa de compliance “para uma empresa de grande porte, não fica abaixo de R\$ 10 milhões por ano” (Folha de S. Paulo, 13/04/17, Seminários Folha, p. 6). Contudo, o Brasil possui uma quantidade expressiva de micros e pequenas e empresas. Dados apresentados no final de 2014 confirmavam que o número de micros e pequenas empresas representavam 84,9% do total de 15.479.747 companhias registras no país. Mais de 12 milhões são micros e pequenas empresas. Oportunizar que estas empresas possam implementar programas de integridade, é um desafio que implica em adequações na própria legislação, já que o custo, como demonstrado, não é barato.

É importante notar que em 2014 ocorreram alterações em diversos dispositivos do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, por força da Lei Complementar 147, de agosto de 2014. Estas empresas conseguiram tratamento diferenciado quanto às regras de licitações públicas. O argumento para o tratamento diferenciado às tais empresas é o de que o Estado estaria, desse modo, contribuindo para a promoção do desenvolvimento econômico e social de âmbito regional. A esse respeito, comenta Fernanda Marinela: “Observa-se que a nova Lei ampliou consideravelmente os benefícios e privilégios às microempresas de pequeno porte quanto à participação nos procedimentos licitatórios, deixando ainda mais próximas as relações com a administração pública, o que, por sua vez, tornará ainda maior a possibilidade da aplicação da Lei Anticorrupção, sendo inconcebível o silêncio legislativo.” (MARINELA, 2015, p.136).

O Decreto 8420/15, que regulamenta a Lei Anticorrupção, deixou consignado no parágrafo 3º, do Art. 42 que “na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do *caput*.” Das dezesseis recomendações quanto à existência e à aplicação do programa de integridade, contido no Art. 42, supracitado, sete foram desconsiderados em se tratado de micros e pequenas empresas. A

inobservância de algumas dessas recomendações pode afetar muito pouco a redução do custo da implantação e manutenção do programa de integridade, mas parece impor, ademais, um elevado risco para a efetividade naquilo que se espera da prática do compliance.

Tanto em caso de multa como em acordo de leniência existe um valor a ser majorado, caso a empresa comprove não apenas a existência, mas, sobretudo, o pleno funcionamento de programa de compliance. A Controladoria Geral da União – CGU, na Portaria n. 909, de 07 de abril de 2015, apresentou os parâmetros necessários para que a comissão processante possa averiguar quanto ao cumprimento ou não do compliance por parte da pessoa jurídica. Estabelece o Art. 2 da Portaria em comento, a seguinte redação: “Para que seu programa de integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar: I- relatório de perfil; II – relatório de conformidade do programa”.

O relatório de perfil apresenta seis pontos que devem ser observados para validar a autenticidade do programa de compliance. É necessário que a empresa indique os setores do mercado em que atua, tanto no território nacional quanto no exterior. Que apresente, de forma clara, a configuração de sua estrutura organizacional, quais são os setores, diretorias, departamentos e conselhos e, sobretudo, como ocorre o processo decisório. Nesse interim, ainda cabe informar a quantidade de empregados, funcionários e colaboradores que se relacionam com a empresa. Um ponto importante exigido é deixar explícito se a empresa mantém interação com a Administração Pública nacional ou estrangeira, destacando três aspectos fundamentais, conforme Art. 3º, inciso IV, da Portaria 909 da CGU.

- a) A importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades;
- b) O quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica.
- c) Frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público.

Além das considerações acima mencionadas, cabe sinalizar situações em que a pessoa jurídica participa na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada e, em caso específico, se o enquadramento for de microempresa ou empresa de pequeno porte.

O relatório de conformidade impõe à pessoa jurídica a demonstração da estrutura do programa de integridade, seu funcionamento e, igualmente, a comprovação de sua efetividade prática dentro da empresa. O primeiro passo é a pessoa jurídica demonstrar quais incisos

previstos no Art. 42 do Decreto 8420/15 foram implementados, o que, por sua vez, sugere que o rol de recomendações expostos no Art. 42 do Decreto não é taxativo. Ademais, não basta apenas indicar quais incisos foram implementados, é necessário ainda que se “descreva” como cada um deles foi, de fato, concretizado no programa. Na sequência é preciso, pois, demonstrar como a implantação destes parâmetros contribuíram, dentro da especificidade da pessoa jurídica, para a “mitigação do risco de ocorrência de atos lesivos”, conforme preuncia e objetiva a Lei Anticorrupção.

Em linhas gerais, o relatório de conformidade requer que a pessoa jurídica documente todas as práticas que comprovem a efetividade do compliance, como histórico de dados e estatísticas de casos concretos. O importante é a capacidade de a pessoa jurídica confirmar que o programa de compliance funciona efetivamente como ferramenta no âmbito da “prevenção, detecção e remediação do ato lesivo”.

Conclusão

Vive-se novos tempos no contexto das relações humanas, institucionais e empresariais. O empresário que busca assegurar sustentabilidade aos negócios não pode abrir mão da ética e da geração de confiabilidade no mercado. Medidas de prevenção, proteção da integridade e padrões decisórios com base em preceitos éticos são fundamentais para evitar distorções no mercado e minimizar desvantagens competitivas.

A Lei Anticorrupção, recentemente implantada no Brasil, não apenas acomoda o país ao plano internacional no que se refere aos mecanismos de combate à corrupção, como também propicia condições para mudanças internas de mentalidade, além de condicionar, via normas jurídicas, a incorporação de valores éticos na prática corporativa.

O compliance tem positivamente grande poder de interferência nos planos dos negócios das organizações. Ele não apenas constitui ferramenta de gestão e de governança corporativa, como também reúne um conjunto de valores e de princípios que disciplinam uma atuação ética, transparente e confiável ao garantir a sustentabilidade dos negócios e do próprio empreendimento. Diante do cenário de crise ética decorrente da extensão de casos de corrupção entre o interesse público e o privado, a ética se destaca como ingrediente de primeira necessidade para o desenvolvimento e o crescimento de empresas e organizações de modo geral. Não resta dúvida que o compliance alicerçado na legislação brasileira se impõe como importante antídoto de combate à corrupção. Seu sucesso depende, é claro, do envolvimento do Poder Público e do setor privado e, acima de tudo, da participação da sociedade. No Brasil de

hoje é admissível inferir que novos caminhos se abrem a um futuro melhor, tornando possível levar o país além do persistente patrimonialismo que, ao longo de sua história, manteve a prioridade do interesse privado em detrimento do público.

Referências Bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. A democracia sitiada. A Lava Jato e a grande transição da política global. In: *Folha de S. Paulo*, Ilustríssima, 23/04/2017, pp. 4-5.

BARBOSA, Rui. *Oração ao Moços*. São Paulo: Editora HB, 2016.

DaMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. “JusInjustiça”. In: *Folha de S. Paulo*, Opinião A 3, 21 de maio de 2017.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei Anticorrupção. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREL, Marco. *Corrupção, mostra a sua cara*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2012.

NOBRE, Marcos. *Choque de Democracia: razões de Revolta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NOBRE, Marcos. *Imobilismo em Movimento: da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção. Origens, Comentários e Análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. *Compliance como boa prática de gestão no ensino superior privado*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

VADE MECUM Saraiva OAB e Concursos. Colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.