

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO EMPRESARIAL

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

RONY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Roney José Lemos Rodrigues de Souza - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-430-3

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Economia.
3. Sustentabilidade.
4. Desenvolvimento Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito Empresarial”, durante o XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de julho de 2017, em Brasília/DF, sobre o tema “Desigualdades e desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre relevantes temas de direito empresarial, no contexto atual, inclusive à luz de importantes paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a matéria em foco implica num olhar atento, em busca de um equilíbrio entre os interesses individuais e as demandas sociais, tendo em vista o claro impacto da matéria em segmentos como desenvolvimento social e economia, envolvendo as figuras do Estado, da empresa e toda a sociedade civil, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na sustentabilidade enquanto valor, no princípio da função social, no fenômeno do crowdfunding, no instrumento do compliance, na interpretação da legislação societária, no contrato de naming rights, no factoring, nas marcas de alto renome, no regime de recuperação da empresa em crise, etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito empresarial e a importância de uma interpretação mais humanitária para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga (Unipê/UFPB)

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza (UNICAP)

Prof^a. Dr^a. Mariana Ribeiro Santiago (Unimar)

Boa leitura!

A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A LEI DA EMPRESA LIMPA E O “FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT”

COMPANIES AND STRICT LIABILITY: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT AND THE BRAZILIAN ANTICORRUPTION LAW

Débora Caetano Dahas

Resumo

O presente artigo tem como finalidade realizar um estudo comparativo entre a legislação federal norte-americana de combate a corrupção transnacional denominada Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e a Lei n. 12.846/13, também conhecida como Lei da Empresa Limpa. Para tanto, através de extensa pesquisa bibliográfica – dando-se especial atenção ao trabalho de Jessica Tillipman e de Jorge Hage Sobrinho –, bem como do estudo de direito comparado pretende-se destacar necessários apontamentos acerca da responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, levando em consideração as tendências de outro países, em especial os Estados Unidos da América, em relação ao combate à corrupção.

Palavras-chave: Corrupção, Direito empresarial, Direito comparado, Direito administrativo, Lei anticorrupção

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims on drafting brief comparisons over the Brazilian anticorruption legislation, specifically Law n. 12.846/2013 and the American Foreign Corrupt Practices Act, which contains rules applied to international bribes or improper payments of governmental agents. Through an extensive bibliographical research – with special attention to the work of Jessica Tillipman and Jorge Hage Sobrinho –, as well as the study of comparative law, the present article highlights the need for notes on the objective accountability of legal entities, taking into account the tendencies of other countries, especially the United States of America, regarding the fight against corruption.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business law, Comparative studies, Administrative law, Anticorruption law

INTRODUÇÃO

Destarte, cumpre apontar que a corrupção é um fenômeno complexo e de difícil conceituação. Apesar da aparente simplicidade e obviedade, o significado do vocábulo “corrupção” tem sido fonte de grandes discussões acadêmicas ao longo dos anos. Uma das definições mais aceitas é a de “utilização de poderes ou instituições públicas com a finalidade de conseguir vantagem indevida para si ou para outrem”¹. Entretanto, importante frisar que a imprecisão do conceito de corrupção prejudica a redação e aplicação de legislações que visam o seu combate², tarefa essa já incrivelmente árdua tanto em grande potências quanto em países em desenvolvimento³.

O que se observa, indubitavelmente, na dinâmica entre mercado, política e economia é que a corrupção coopera para a formação de uma enorme barreira para o desenvolvimento social. Os escândalos de corrupção dos últimos anos⁴ provam que subornos e pagamentos indevidos não são acontecimentos desconexos e raros. Além disso, apontam-se como possíveis causas para a corrupção, de maneira ampla, da forma de intervenção estatal na economia à carga tributária e políticas e planejamento públicos⁵.

A corrupção, portanto, é um problema real, institucionalizado e sistêmico, que coopera para a manutenção de procedimentos demasiadamente burocráticos, bem como para a morosidade das instituições públicas e a desmoralização política. Sobre o fenômeno da corrupção, Susan Rose-Ackerman (ROSE-ACKERMAN, 1978, p.2) elucida:

A corrupção não só revela uma tensão básica entre mecanismos de mercado e processos de votação, mas também força o economista político a lidar com problemas de alocação levantados pela presença de grandes organizações nos setores público e privado. Tanto em sociedades modernas complexas como em estados subdesenvolvidos, a delegação de autoridade decisória é uma técnica organizacional fundamental. Sempre que um agente é dado autoridade discricionária, a corrupção

¹ ROSE-ACKERMAN, 1978, p.2.

² FARRALES, Mark Jorgensen. What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate. 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962> Acesso em: 26/01/2017.

³ Nesse sentido, destaca Jong-Sung You (YOU, 2009, p. 1): “Controlling corruption is a difficult task for young democracies. Statistical studies show that only mature and stable democracies that are 40 or more years old are significantly less corrupt than autocracies. Young democracies, on the other hand, are on average no less corrupt than authoritarian regimes”.

⁴ No Brasil, a operação Lava-jato é o mais atual, e provavelmente mais significativo, escândalo de corrupção que se tem notícia desde a proclamação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, vários países tiveram, na última década, problemas consideráveis devido a escândalos de corrupção. Coreia do Sul, Ucrânia e Rússia são alguns dos países que enfrentaram escândalos de corrupção que geraram enorme impacto político e econômico.

⁵ MAURO, Paulo. The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure. 1996. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994> Acesso em: 26/01/2017.

fornece uma maneira para os objetivos dessa autoridade superior sejam prejudicados. (Tradução nossa)⁶

Ademais, vale ressaltar que países com altos índices de corrupção se tornam pouco atraentes para investidores estrangeiros, tendo em vista o maior custo do investimento e a menor segurança jurídica e econômica que as instituições oferecem⁷.

Evidente que, para um efetivo combate à corrupção, se fazem necessárias uma gama de medidas que visem não apenas punir transgressões, mas também incentivar condutas que tenham como finalidade preveni-las. Nesse sentido, vários países já adotaram medidas jurídicas e administrativas que tratam das mais diversas formas de corrupção. Interessa-nos no presente momento as legislações brasileiras e norte-americanas.

A ONG *Transparency International*⁸ (TI), em seu relatório anual divulgado em 25/01/2017, expõe que altos níveis de corrupção contribuem para o fortalecimento de ideologias populistas⁹. Além disso, países com índice de corrupção mais alto – onde os

⁶ No original: “Corruption not only reveals a basic tension between market mechanisms and voting processes but also forces the political economist to deal with allocative problems raised by the presence of large organizations in both the public and private sectors. In both complex modern societies and underdeveloped states, the delegation of decision-making authority is a fundamental organizational technique. Whenever an agent is given discretionary authority, corruption provides a way for the objectives of the higher authority to be undermined”.

⁷ Sobre os investimentos estrangeiros, Paolo Mauro ressalta: “In the presence of corruption, entrepreneurs are aware that a portion of the proceeds from their investments may be claimed by corrupt officials. Payment of bribes is often required up front if the necessary permits are to be issued. Therefore, corruption may be interpreted to act as a tax--though of a particularly pernicious nature, given the need for secrecy and the uncertainty that come with it—which correspondingly reduces incentives to invest. Mauro (1995) provides tentative empirical evidence that corruption lowers investment and economic growth. The magnitudes of these effects are considerable: a one-standard-deviation improvement in corruption indices drawn from Business International (BI) causes investment to rise by 5 percent of GDP and the annual per capita GDP growth rate to rise by half a percentage point. The evidence seems to suggest that a large portion of the effects on economic growth takes place through the effects on investment.” (MAURO, 1996, p. 7).

⁸ A organização foi criada em 1993, em meio aos debates sobre corrupção do início da década de 1990. Hoje presente em mais de 100 países, a TI trabalha para impulsionar a conscientização acerca da corrupção no mundo, promovendo a transparência, integridade e responsabilização de transgressores. (TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Who we are. 2016. Disponível em: <<https://www.transparency.org/>> Acesso em: 26/01/2017).

⁹ Conforme relatório editado pela Transparency International “[...] the interplay of corruption and inequality also feeds populism. When traditional politicians fail to tackle corruption, people grow cynical. Increasingly, people are turning to populist leaders who promise to break the cycle of corruption and privilege. Yet this is likely to exacerbate – rather than resolve – the tensions that fed the populist surge in the first place. The lower-ranked countries in our index are plagued by untrustworthy and badly functioning public institutions like the police and judiciary. Even where anti-corruption laws are on the books, in practice they're often skirted or ignored. People frequently face situations of bribery and extortion, rely on basic services that have been undermined by the misappropriation of funds, and confront official indifference when seeking redress from authorities that are on the take. Grand corruption thrives in such settings. Cases like Petrobras and Odebrecht in Brazil or the saga of ex-President Viktor Yanukovich in Ukraine show how collusion between businesses and politicians siphons off billions of dollars in revenue from national economies, benefitting the few at the expense of the many. This kind of systemic grand corruption violates human rights, prevents sustainable development and fuels social exclusion. Higher-ranked countries tend to have higher degrees of press freedom, access to information about public expenditure, stronger standards of integrity for public officials, and independent judicial systems. But high-scoring countries can't afford to be complacent, either. While the most obvious forms

subornos e pagamentos indevidos prosseguem sem nenhuma forma de punição administrativa, penal ou cível, mesmo a despeito de previsões legais – geralmente tem os piores Índices de Desenvolvimento Humano¹⁰.

Vem crescendo ao redor do mundo nos últimos anos o apelo por legislações que coíbam e punam a prática de atos de corrupção. Várias foram as convenções internacionais¹¹ no sentido de tornar mais rigorosas as normas que disciplinam as condutas corruptas e a sua punição, bem como a criação de órgãos e instrumento que prezem pela ética e pela transparência, em especial no mundo corporativo.

Sobre essas tendências mundiais em relação ao combate a corrupção, bem como em face dos compromissos assumidos pelo Brasil, Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 3-4) destaca:

Nessas condições, seja do ponto de vista doméstico, seja diante dos compromissos externos assumidos pelo país nas Convenções Anticorrupção de que é signatário (algumas delas desde o século passado, fazia-se necessária inegavelmente, a adoção de uma nova lei que preenchesse diversas lacunas normativas.

Nesse sentido, foi sancionada a Lei. N. 12.846 de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa em caso de prática de atos contra a administração pública – tanto nacional quanto estrangeira – por pessoas jurídicas.

O presente artigo visa traçar um estudo comparativo entre a lei n. 12.846/13 e o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), norma norte-americana responsável por disciplinar subornos transnacionais, apontando tópicos relevantes e traçando críticas necessárias à Lei n. 12.846/13, com a finalidade de construir um melhor entendimento acerca da movimento anticorrupção e apresentar a suas ferramentas jurídicas sobre sua melhor luz.

1 O MOVIMENTO ANTICORRUPÇÃO NO MUNDO

of corruption may not scar citizens' daily lives in all these places, the higher-ranked countries are not immune to closed-door deals, conflicts of interest, illicit finance, and patchy law enforcement that can distort public policy and exacerbate corruption at home and abroad.” (Transparency International. Corruption Perception Index 2016. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016> Acesso em: 26/01/2017).

¹⁰ Corrupção gera impacto negativo sobre IDH do país. Disponível em: <https://www.ufpe.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=51610:corrupcao-gera-impacto-negativo-sobre-o-idh-do-pais&catid=83&Itemid=77> Acesso em: 26/01/2017.

¹¹ Aqui ressaltam-se os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em convenções da ONU, OEA e da OCDE no sentido de promover o combate efetivo à corrupção através de edição de leis específicas para o combate e prevenção a esses tipos de transgressões.

Como já exposto anteriormente, frente ao grande número de problemas relacionados à corrupção e à crescente percepção, fez-se necessário que surgissem forças internacionais que clamassem por normas e procedimentos capazes de coibir e punir práticas corruptas ao redor do mundo.

O *Foreign Corrupt Practices Act*, também chamado de FCPA, instituído no ano de 1977, é considerado como legislação precursora da luta contra a corrupção no mundo, significando uma guinada no movimento anticorrupção na segunda metade do século XX. Além do FCPA, cabe ressaltar que nos Estados Unidos da América existem outros dispositivos legais que visam coibir e punir condutas corruptas como, por exemplo, o *Federal Acquisition Act* (FAR). Nesse sentido, Jessica Tillipman (TILLIPMAN, 2014, p. 1) ressalta:

Negócios da administração pública deverão ser conduzidos independentemente de reprimendas e, salvo em casos autorizados por lei ou regulamento, com completa imparcialidade e sem tratamento preferencial a nenhum dos contratantes. Transações referentes a gastos de fundos públicos requerem alto grau de confiança e padrão de conduta impecável. Essa política, articulada no *Federal Acquisition Regulation* (FAR), deixa claro que os processos de contratação feitos pela administração pública requerem total comprometimento com padrões éticos e imparciais de conduta. Para assegurar que todos os indivíduos envolvidos nesse processo de contratação passem a aderir a esses padrões, entidades governamentais em praticamente todas as jurisdições ao redor do mundo têm decretado códigos de conduta, restrições éticas, e leis anticorrupção com a finalidade de proteger a integridade do governo e garantir que os *government officials* (agentes governamentais) ajam imparcialmente e não haja tratamento preferencial a nenhuma entidade privada ou indivíduo. De forma complementar, para chegar a esse objetivo, a maioria das jurisdições tem decretado restrições em relação aos presentes e a hospitalidade que os agentes governamentais possam vir a receber ou aceitar de indivíduos ou organizações que estejam ou pretendam estar sob contrato com a administração pública. (*Tradução nossa*)¹²

Outros países também decidiram aumentar seus mecanismos de combate à suborno transnacionais e a pagamentos indevidos. Em 2000 a Inglaterra expediu o *UK Bribery Act*, responsável por disciplinar condutas corruptas tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional. Países como o Japão e a Coreia do Sul são exemplos de potências do sudeste asiático que seguiram as tendências internacionais e promulgaram leis que disciplinassem e punissem atos de corrupção.

Em conformidade com as convenções do qual é signatário, e seguindo a tendência internacional, o Brasil decretou a Lei n. 12.846/13, dispondo acerca da responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas quando da prática de atos de corrupção. Nesse sentido, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella (GABARDO; CASTELLA, 2015, p. 129) explicam que:

¹² No original:

Ao observar esse panorama, atendendo a compromissos internacionais assumidos em convenções da ONU, OEA e, principalmente, da OCDE, a República Federativa do Brasil, em agosto de 2013 aprovou o Projeto de Lei 6.826/2010, criando a chamada lei anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013). No ambiente internacional já faz algum tempo que vem sendo delineado um sistema de combate à corrupção com várias ações internacionais neste sentido. Em nível nacional, a recente Lei 12.846/2013 impôs uma série de normas e institutos jurídicos, entre eles a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Desta forma, o Poder Público brasileiro está ainda mais habilitado juridicamente para lidar com desvios de conduta das mais diversas ordens.

Adiante, teceremos comentários sobre as disposições da Lei 12.846/13, procedendo-se com um estudo comparativo entre o FCPA norte-americano, e finalizando com críticas pontuais à legislação brasileira.

2 A LEI N. 12.846/13 (LEI DA EMPRESA LIMPA)

O Brasil, como país signatário da Convenção da OCDE¹³, tinha como obrigação a redação de normas que punissem empresas e entidades em geral por atos de corrupção. Sobre a criação da Lei n. 12.846/13, Murilo Melo Vale (VALE, 2015, p. 83) comenta:

Em junho de 2013, o Brasil foi tomado por uma onda de manifestações populares, de cunho político, os quais deixaram manifestas a desconfiança e a rejeição para com a base política deste país. [...] Em meio a essa onda de manifestações, o Congresso Nacional colocou em pauta um projeto apresentado pelo Poder Executivo em 2010 (Projeto de Lei nº 6.826/2010), que já vinha sendo debatido pela Controladoria Geral da União. A aprovação de tal projeto resultou na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (“Lei 12.846/2013”), conhecida como “Lei da Anticorrupção Empresarial”, aqui reduzida à sigla “LAE”. Essa Lei objetivou criar a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por condutas descritas como lesivas à Administração Pública nacional ou estrangeira. Contudo, criada com o objetivo de suprimir a corrupção patrocinada pelo setor privado, as inúmeras disposições trazidas nesse novo marco legal, na verdade, trouxeram uma considerável insegurança jurídica. Há quem diz que a LAE foi um “tiro no pé”: muitos conceitos abertos e não definidos trouxeram à tona o receio de que pudesse incentivar uma ilegal pressão e tentativas de extorsão

¹³ A Controladoria-Geral da União informa que “a Convenção determina que, em todos os Estados signatários, passe a ser delito criminal o oferecimento, a promessa ou a doação de vantagem pecuniária ou de outra natureza indevida a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, no intuito de que, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções oficiais, esse funcionário realize ou dificulte transações ou obtenha outras vantagens ilícitas na condução de negócios internacionais. A Convenção prevê, ainda, o estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro e a necessidade de sanções não-penais dissuasivas nos casos em que ordenamento jurídico do país não admitir a sanção penal das pessoas jurídicas. No sentido de dar efetividade aos termos da Convenção, faz-se importante mencionar que, independentemente da cidadania, qualquer indivíduo ou entidade que esteja cometendo atos de suborno de funcionário público estrangeiro no território de um Estado signatário da Convenção da OCDE está sujeito as suas proibições anti-suborno. No Brasil, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000”. (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Convenção da OCDE. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>> Acesso em 26/01/2017).

contra o empresariado, que seria induzido a ceder à ilegalidade, de modo a evitar a aplicação de sanções.

A Lei 12.846/13, que só entrou em vigência no dia 29 de janeiro de 2014, devido à *vacatio legis* de 180 dias, tem como principal objetivo – atendendo as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário – responsabilizar pessoas jurídicas pela prática de corrupção e, como apontam Diogo Moreira Neto e Rafael Freitas (MOREIRA NETO; FREITAS, p. 2), o faz “incorporando diretrizes de diplomas normativos com eficácia transnacional, tais como o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA); o UK Bribery Act, a Convenção Interamericana contra a Corrupção dos Estados Americanos (OEA)” entre outros.

Cabe a realização, no presente momento, de uma concisa explicação acerca dos pontos mais relevantes da Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa.

Dessa forma, ao buscar a proteção do patrimônio público – nacional ou estrangeiro – bem como se encontrar em conformidade aos princípios da administração pública e em concordância com os compromissos internacionais anteriormente mencionados a Lei da Empresa Limpa abrange, nos termo de seu art. 1º, parágrafo único, *in verbis*:

[...] sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.¹⁴

As pessoas jurídicas são responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos cível e administrativo, por atos de corrupção previstos na lei n. 12.846/13, em seu art. 2º, – ainda que esses não sejam realizados unicamente para seu benefício – sem prejuízo à responsabilidade individual das pessoas físicas que tenham praticado os atos¹⁵. Outrossim, a responsabilidade da pessoa jurídica é independente da responsabilidade individual. Esse tópico será tratado de

¹⁴ Sobre a abrangência da Lei da Empresa Limpa Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 5) destaca: “Essa norma é complementada pelo art. 4.º, que prevê a subsistência da responsabilidade da pessoa jurídica nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão e cisão societária. Nos casos de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora se limita à multa e à reparação integral do dano, até o limite do patrimônio transferido, exceto no caso de simulação ou fraude. Já no caso das sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas (estas, no âmbito do contrato respectivo) a responsabilidade é solidária, mas sempre limitada à multa e reparação do dano.”

¹⁵ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1o A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

forma mais extensa, devida a necessidade de serem traçadas críticas pontuais à disposição normativa supracitada.

Ademais, a Lei n. 12.846/13 se ocupa de disciplinar condutas capazes de levar à responsabilização da pessoa jurídica conforme seu art. 5.º, podendo essas serem identificadas como: a) Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; b) Financiar, custear ou patrocinar prática de atos ilícitos previstos na Lei; c) Utilizar-se de interposta pessoa física ou pessoa jurídica para ocultar ou dissimular reais interesses ou a identidade dos beneficiários; d) Fraudar, perturbar, frustrar ou manipular, por quaisquer meios ou modos, licitações ou contratos; e) Dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional¹⁶.

Em relação às penalidades prevista pela Lei n. 12.846/13, é importante destacar que essas poderão se dar por via administrativa ou judicial. As penalidades administrativas consistem em multa e publicação da decisão condenatória. Essas penalidades são, portanto, aplicáveis pela própria Administração Pública, sem que seja necessário um processo judicial (art. 6º, Lei n. 12.846/13).

Quando se fala em penas aplicadas por via judicial a Lei n. 12.846/13 prevê o perdimento dos bens, direitos ou valores; suspensão ou interdição parcial; dissolução compulsória; e proibição de receber incentivos, subsídios, empréstimos etc. de órgãos, de entidades, e de instituições financeiras do poder público ou por ele controladas (art. 19, Lei n. 12.846/13).

Sobre as penalidades citadas anteriormente, Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 8) destaca:

Tratam do tema os arts. 6.º, § 3.º, e 19, parágrafo único. Pelo teor do primeiro estabeleceu-se que a aplicação das sanções administrativas – multa e publicação da decisão – não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. E, pelo segundo, que a condenação na via judicial torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

Além disso, a Lei n. 12.846/13 também disciplinou, em seus arts. 16 e 17 o Acordo de Leniência. Sobre os acordos de leniência, Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 9) pontua:

¹⁶ SOBRINHO, 2014, p. 6.

Esta é, sem dúvida, uma inovação de grande alcance do novo diploma legal. Por isso mesmo, devem ser empreendidos todos os esforços para viabilizar, na prática, tais acordos. São eles capazes de isentar a empresa de várias penalidades e de reduzir-lhe a pena de multa em até 2/3 do seu valor, em troca de sua colaboração efetiva com as investigações e com o processo, e podem ser celebrados pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade competente para instaurar processos administrativos baseados nessa Lei. A colaboração da pessoa jurídica deve importar, ainda, a identificação dos demais envolvidos na infração, e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito; e é necessário, caso haja mais de uma pessoa jurídica envolvida, que seja ela a primeira a manifestar interesse em cooperar. Constitui, ainda, requisito para o acordo a cessação do seu envolvimento na infração investigada, e a admissão da sua participação no ilícito. O acordo não poderá prosperar caso tenha a pessoa jurídica descumprido outro acordo de leniência nos últimos três anos.

Por fim, importante destacar que as disposições da Lei n. 12.846/13 são consideradas por alguns doutrinadores como impulso positivo no sentido de estimular a implementação de programas de integridade e compliance com a finalidade de buscar evitar a prática de atos de corrupção. Sobre o compliance, Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 9) ressalta:

Por obvio, a existência e a efetiva aplicação de tal programa terá de ser objeto de avaliação pelo órgão processante, e tal aferição haverá de levar em conta, dentre outros aspectos, a estruturas do programa em face da estrutura, porte, dimensões e especificidades da empresa (número de empregados e colaboradores, complexidade da hierarquia e quantidade de departamentos); grau de interação da empresa com o setor público; o grau de comprometimento da alta direção com esse programa; os padrões de conduta adotados; a vigência de um código de ética; a realização de treinamentos periódicos sobre o programa; a análise periódica de riscos; a existência e divulgação de canais de denúncia e a proteção aos empregados denunciantes; a existência de controles internos; a aplicação de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade e a transparência quanto a doações da empresa a candidatos e partidos políticos.

Uma vez estabelecidos de forma concisa os pontos mais importantes relativos à Lei n. 12.846/13, continua-se o presente estudo realizando-se breves apontamentos acerca das normas norte-americanas contidas no *Foreign Corrupt Practices Act* em relação à corrupção.

3 O NORTE-AMERICANO FCPA

Importante, em um primeiro momento, ressaltar que apesar de o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) não tratar dos atos praticados por agentes ou funcionários governamentais em solo norte-americano, restringindo-se à prática de atos corruptos em caráter internacional, essa legislação oferece a possibilidade de se realizarem contraposições interessantes e necessárias aos dispositivos mais controversos da Lei n. 12.846/13.

Destarte, explica-se que no início da década de 1970, após inúmeros escândalos sobre pagamentos indevidos e subornos¹⁷ que envolveram empresas ou funcionários públicos norte-americanos, o Congresso do Estados Unidos da América iniciou o processo legislativo para redação de uma norma que disciplinasse a conduta doméstica em relação a agente governamentais estrangeiros, quando de negociações em outros países.

O FCPA surgiu em 1977¹⁸, portanto, para suprir a necessidade de uma legislação que coibisse e punisse condutas corruptas em âmbito internacional. Os órgãos responsáveis pela aplicação do FCPA são O Departamento de Justiça (DOJ) e a “*Securities and Exchange Commission*” (SEC).

De fato, o FCPA proíbe que sejam realizados ou oferecidos pagamentos indevidos à agentes, empregados e funcionários governamentais (“*foreign officials*”). Cabe, entretanto, frisar que o vocábulo “*foreign officials*” é entendido, na aplicação do FCPA, como qualquer pessoa que possa, mediante pagamento indevido, oferecer ou garantir vantagem imprópria frente a operação relacionadas a órgãos públicos ou organizações internacionais. Sobre as disposições do FCPA, Jessica Tillipman (TILLIPMAN, 2014, p. 14) explicita:

Generally, the FCPA prohibits the bribery of foreign government officials and requires covered persons and entities to maintain accurate books and records and an adequate system of internal accounting controls. The two components of the FCPA,

¹⁷ O escândalo mais relevante foi a operação Watergate. Sobre as investigações, Mike Koehler (2012 p. 932) recorda: “Discovery of the foreign corporate payments problem in the mid-1970s resulted from a combination of work by the Office of the Watergate Special Prosecutor, including related follow-up work and investigations by the Securities and Exchange Commission (SEC) and Senator Frank Church’s Subcommittee on Multinational Corporations (Church Committee). The Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices (SEC Report) stated as follows: In 1973, as a result of the work of the Office of the [Watergate] Special Prosecutor, several corporations and executive officers were charged with using corporate funds for illegal domestic political contributions. The Commission recognized that these activities involved matters of possible significance to public investors, the nondisclosure of which might entail violations of the federal securities laws. The Commission’s inquiry into the circumstances surrounding alleged illegal political campaign contributions revealed that violations of the federal securities laws had indeed occurred. The staff discovered falsifications of corporate financial records, designed to disguise or conceal the source and application of corporate funds misused for illegal purposes, as well as the existence of secret “slush funds” disbursed outside the normal financial accountability system. These secret funds were used for a number of purposes, including in some instances, questionable or illegal foreign payments. These practices cast doubt on the integrity and reliability of the corporate books and records which are the very foundation of the disclosure system established by the federal securities laws.”

¹⁸ Nesse sentido, Cristiana Fortini (FORTINI, 2015, p. 1) elucida: “O FCPA remonta ao ano de 1977, após uma série de escândalos sobre pagamentos de propinas em ambiente doméstico e internacional, atingindo aproximadamente 400 empresas. Não se trata da mais poderosa arma de combate à corrupção (se é que se pode assim reconhecer qualquer uma delas), sobretudo porque não atinge os atos de corrupção a envolver agentes públicos norte-americanos, mas o elegemos para este breve comentário considerando a possibilidade de oferecer uma contraposição com a Lei nº 12.846/13. Substancialmente, o FCPA proíbe a oferta e a efetiva realização de pagamentos impróprios a “foreign official”, destinados a garantir um ajuste ou a manutenção de um vínculo preexistente, mesmo que o ajuste que se queira estabelecer ou preservar não envolva o governo estrangeiro ou suas entidades. O fato de o agente ser capaz de influenciar o governo estrangeiro a adotar comportamento desejado também atrai a aplicação do FCPA.”

often referred to as the “anti-bribery prohibitions” and the “books and records provisions” were designed to work in tandem to prevent companies from hiding bribes and other improper transactions in off-book accounts and slush funds to conceal their misconduct. There is, however, no requirement that the accounting provisions be linked to the bribery of a foreign official. Consequently, the Government may prosecute a company for violating the accounting provisions, even in the absence of a separate violation of the anti-bribery prohibitions. (*Tradução nossa*)¹⁹

Ademais, é proibido não só o oferecimento de dinheiro como forma de suborno, mas também o de qualquer tipo de presente ou hospitalidade com o intuito de corromper. Aqui, entretanto, deve-se ressaltar que no termos do FCPA é imprescindível que haja de forma comprovada o intuito de corromper em troca do recebimento de vantagem indevida, sendo indiferente o fato do agente corrupto saber ou não que o destinatário final do dinheiro, presente ou hospitalidade era um agente público estrangeiro.

Nesse sentido, o FCPA se contrapõe à legislação nacional pois a responsabilidade nele prevista será sempre subjetiva. Existe a necessidade de comprovação do intuito de corromper. A empresa ou entidade só vem a ser responsabilizada pelas ações de seus funcionários, diretores ou acionistas caso a própria empresa tenha autorizado ou tenha conhecimento o oferecimento ou realização do pagamento indevido, sabendo de sua finalidade, ou de qualquer outro ato considerado ilícito nos termos do FCPA.

Outra diferença flagrante com a legislação brasileira é a possibilidade, ao longo da ação de persecução com base no FCPA, de se realizarem pagamentos e de se apresentarem duas defesas específicas durante o processo.

Nos termos do FCPA, não são puníveis os pagamentos chamados de “facilitadores”, oferecidos a oficiais, agentes ou funcionários governamentais de baixo escalão e que se destinam a realizam de atos rotineiros, ou seja, que não disponham de decisões discricionárias por partes do agente responsável, quais sejam, licenças, vistos, permissões, entre outros.

Além disso – ignorando a preocupação mundial com o combate a qualquer tipo de conduta que possa ser considerada corrupta, ainda que essa não esteja prevista na legislação do país no qual o ato ocorreu – o FCPA prevê duas defesas (“*affirmative defenses*”) que dispõe não ser puníveis os pagamentos que estejam de acordo com as leis vigentes no país em que foram realizados. Ainda assim, vale lembrar que mesmo sendo permitidos pela legislação local, o intuito de corromper pode ser suficiente para acionar a aplicação do FCPA²⁰. Nesse sentido, Jessica Tillipman (TILLIPMAN, 2014, p.14) elucida:

19

²⁰ Vale ressaltar, nos termos explicado por Cristiana Fortini (FORTINI, 2015, p. 1) que quando o FCPA dispõe essa referida defesa “Não se condena o pagamento de dinheiro ou equivalente quando ajustado expressamente à

Durante a última década, o aumento da aplicação da Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) pelos Estados Unidos deixou claro para as empresas que operam em países estrangeiros que as práticas anteriores de negócios duvidosos no exterior serão processadas e os argumentos sobre a cultura ou as práticas comerciais costumeiras de um país não servirão Como uma defesa válida. Além disso, como os Estados Unidos têm pressionado outros países para impor seus estatutos de suborno estrangeiro, os contratados não devem se preocupar apenas com o cumprimento da FCPA, mas também estar cientes dos contornos dos estatutos anti-corrupção de outros países. Finalmente, os contratantes devem continuar a estar cientes das leis nacionais anti-corrupção em outros países que proíbem o suborno de seus funcionários do governo. Embora outros países não possam aplicar os seus estatutos nacionais contra a corrupção tão ativamente como os Estados Unidos, a crescente pressão de outros países (bem como as obrigações dos tratados internacionais) tem influenciado muitos países a começarem a intensificar os seus esforços de aplicação. (Tradução nossa)²¹

A Lei n. 12.846/13, em contraponto, não traz disposição semelhante. Serão consideradas condutas corruptas aquelas previstas na lei, sem que existam quaisquer tipos de excludentes como o previsto anteriormente, ou seja, a legislação brasileira é indiferente à previsão da lei local e basta que o ato configure alguma das condutas tipificadas para que se aplique as dispositivos da lei.

Já a segunda defesa se dá sobre os chamados “*reasonable and bona fide expenditures*”. Nos termos do FCPA, uma vez verificado que o pagamento ofertado ou realizado pela empresa ou entidade tenha sido razoável e consubstanciado em boa-fé, não há que se falar em punição. Importante destacar que as despesas, em que pese a boa-fé, devem ser consideradas razoáveis, ou seja, de valor modesto, para que não incidam as penalidade previstas no FCPA.

legislação do país estrangeiro. Segundo Robert Tarun, entretanto, ainda que se faça o pagamento de algo tolerado pela legislação estrangeira, a existência do intento de corromper poderá atrair a incidência do FCPA. Para o autor, a transparência do pagamento é um dos fatores que o DOJ e a SEC irão considerar para decidirem as ações a serem adotadas em casos assim. A Legislação brasileira não traz regra semelhante. Até este momento da pesquisa, os argumentos para a previsão no FCPA acima descrita não foram convincentes. A regra parece ignorar que, ainda que a legislação externa autorize o pagamento, a preocupação mundial deve ser a de evitar qualquer sorte de ofensa ao ambiente competitivo, pelo que todos os esforços devem ser congregados com vistas a desestimular de forma irmanada práticas incorretas, sobretudo porque a corrupção danifica de forma mais acentuada os países mais pobres, impedindo o bem estar social e por vezes afetando a democracia.”

²¹ No original: “For the past decade, increasing U.S. enforcement of the Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) has made clear to companies operating in foreign countries that prior questionable business practices abroad will be prosecuted, and arguments about a foreign country’s culture or customary business practices will not serve as a valid defense. Moreover, as the United States has placed pressure on other countries to enforce their foreign bribery statutes, contractors must not only worry about compliance with the FCPA, but also be cognizant of the contours of other countries’ anti-corruption statutes. Finally, contractors must continue to be aware of domestic anti-corruption laws in other countries that prohibit the bribery of their government officials. Although other countries may not enforce their domestic anti-corruption statutes as actively as the United States, increasing pressure from other countries (as well as international treaty obligations) has influenced many countries to begin ramping up their enforcement efforts.”

Sobre as duas possíveis defesas do FCPA, Jessica Tillipam (TILLIPMAN, 2014, p.

15) pontua:

A FCPA prevê uma exceção limitada às proibições anti-suborno, bem como duas defesas afirmativas. A exceção de pagamento facilitador declara que as proibições anti-suborno não se aplicam "a qualquer pagamento facilitador ou expedição de pagamento a um funcionário, partido político ou funcionário do partido estrangeiro cujo propósito seja agilizar ou assegurar o desempenho de uma ação governamental rotineira. Essa exceção extremamente limitada é projetada para permitir pagamentos usados para acelerar "atividades não-discrecionárias e ministeriais realizadas por funcionários estrangeiros de nível médio ou baixo". A exceção é tão limitada e raramente invocada corretamente que é frequentemente chamada de "ilusório". Na verdade, a paisagem em torno da facilitação dos pagamentos tornou-se tão tenebrosa que muitas empresas já não incluem a exceção de pagamento facilitador em suas políticas anticorrupção. Das duas defesas afirmativas FCPA, uma é útil para as empresas, enquanto a outra é obsoleta. Este último fornece uma defesa à responsabilidade sob as proibições anti-suborno para pagamentos ou presentes aos funcionários estrangeiros se forem legais sob as leis e regulamentos escritos do país do funcionário estrangeiro. Dada a improbabilidade de que as leis de um país permitam o suborno de seu governo Funcionários, é difícil imaginar uma situação em que esta defesa afirmativa possa ser invocada com êxito. *(Tradução nossa)*²²

Por fim, pode-se entender que, o maior argumento para se agir em conformidade com as normas até aqui explicadas é o fato de que as transgressões podem, sob os termos do FCPA, levar a penalidades aplicadas na esfera cível e criminal, expondo as práticas corruptas da empresa e enfraquecendo-a perante o mercado. Ressalta-se que, em nova fase de aplicação e execução do FCPA – iniciada com o reforço de ações e maior fiscalização implantados a partir dos anos 2000²³ – há que se levar em consideração os altos custos financeiros da

²² No original: "The FCPA provides one limited exception to the anti-bribery prohibitions as well as two affirmative defenses. The facilitating payment exception states that the anti-bribery prohibitions do not apply "to any facilitating payment or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action." This extremely limited exception is designed to permit payments used to expedite "non-discretionary, ministerial activities performed by mid- or low-level foreign functionaries." The exception is so limited and rarely invoked properly that it is often called "illusory." Indeed, the landscape surrounding facilitating payments has become so murky that many companies no longer include the facilitating payment exception in their anti-corruption policies. Of the two FCPA affirmative defenses, one is useful to companies while the other is obsolete. The latter provides a defense to liability under the anti-bribery prohibitions for payments or gifts to foreign officials if they are lawful under the written laws and regulations of the foreign official's country. Given the unlikelihood that a country's laws permit the bribery of its government officials, it is hard to imagine a situation in which this affirmative defense could be successfully invoked."

²³ De acordo com Tillipman: "Foreign Corrupt Practices Act enforcement activity is currently at its highest level since enactment of the statute in 1977. There were more enforcement actions brought in 2007 than in the years between 2004 and 2006 combined. Moreover, both the Securities and Exchange Commission and the Department of Justice have made clear that FCPA enforcement is a top priority and they will be devoting all resources necessary to enforcing this statute.2 As noted by Attorney General Michael B. Mukasey, the DOJ alone brought 16 FCPA enforcement actions against individuals and corporations in 2007, including charges

persecução legal sob o FCPA²⁴, como gastos com investigações e auditorias internas, profissionais de contabilidade, advogados, e acordos firmados, bem como multas aplicadas com valores elevados (KOEHLER, 2012).

4 A REPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS NA LEI DA EMPRESA LIMPA

Conforme exposto anteriormente, fica claro que a Lei n. 12.846/13 consiste em grande avanço na luta contra a corrupção. Entretanto, é de extrema relevância que sejam traçadas alguns apontamentos acerca da disposição relativa a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas (art. 2º, Lei n. 12.846/13).

Cabe, primeiramente, ressaltar que a previsão da responsabilidade objetiva vai em contramão da tendência mundial em responsabilizar-se apenas subjetivamente²⁵ a sociedade empresária ou entidade acusada de práticas de corrupção. Isso pois, o foco principal do combate à corrupção está na punição da pessoa física – e não da pessoa jurídica – por quaisquer transgressões. É importante, evidentemente, que sociedades empresárias e entidades

against seven individuals.³ “These 16 enforcement actions represented a 100 percent increase over the 8 enforcement actions brought in 2006, which was itself the largest total in the FCPA’s 30-year history.” The message is clear—the U.S. Government is committed to FCPA compliance and there is no evidence enforcement activity will slow any time soon” (TILLIPMAN, Jessica. Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals. 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923190> Acesso em: 27/10/2017).

²⁴ Nesse sentido, Mike Koehler (KOEHLER, 2012, p. 264) explica que: “Every instance of FCPA scrutiny has a point of entry – in other words, a set of facts that give rise to the scrutiny in the first place. This point of entry is often the beginning of a long and expensive journey for the company under scrutiny and the first bucket of FCPA financial exposure is pre-enforcement action professional fees and expenses. [...] To state the obvious, failure to comply with the FCPA can expose a company to a criminal or civil enforcement action by the DOJ and/or SEC. [...] Settlement amounts in an actual FCPA enforcement action will obviously be specific to the unique facts and circumstances at issue. However, it is notable that seemingly routine FCPA enforcement actions in this new era of enforcement are being resolved for amounts that were record-setting just a few years ago. [...] The financial exposure of FCPA scrutiny and enforcement often continues even after enforcement action day and this Section discusses the “third bucket” of FCPA financial exposure, post-enforcement action professional fees and expenses. Nearly all corporate FCPA enforcement actions in this new era are resolved via NPAs or DPAs. A common clause in such agreements is a requirement that the company report to the enforcement agencies during the usual 2-3 year term of the agreement regarding, among other things, its implementation of a FCPA compliance program and its on-going compliance efforts.”

²⁵ Sobre a personalidade jurídica das sociedades, Tarcisio Teixeira (TEIXEIRA, 2015, p. 238) elucida de forma extremamente didática e clara: “A sociedade, enquanto acordo entre sócios, surge com o contrato (verbal ou escrito); no entanto, para que essa sociedade tenha existência própria e personalidade jurídica é indispensável atender ao que determina a lei. Personalidade jurídica é o fato pelo qual um ente, no caso a sociedade, torna-se capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Com isso, a personalidade jurídica confere à sociedade uma existência diversa em relação aos sócios, sendo então uma entidade jurídica individualizada e autônoma. Adquiri-se personalidade jurídica pela registro do ato constitutivo (contrato social) da sociedade no registro próprio. [...] Por sua vez, a extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária ocorre com a averbação da dissolução e respectiva liquidação da sociedade [...] Os efeitos decorrentes da personalidade jurídica ocorrem pelo fato de a sociedade constituir: nome próprio, patrimônio próprio (princípio da autonomia/separação patrimonial), domicílio próprio etc. [...] A personalidade jurídica da sociedade acarreta a separação patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios, para efeitos de responsabilidade [...]”

que atuem reiteradamente de forma antiética e corrupta sejam devidamente punidas. Porém, é necessário lembrar que a pessoa jurídica e a pessoa física não se confundem²⁶.

Por esse ângulo, a pessoa jurídica, ora ficção jurídica criada com um objetivo específico, age através de pessoas físicas (representante, sócios, administradores, diretores, entre outros). A criação de uma pessoa jurídica é muitas vezes a opção procurada com a finalidade de limitar a responsabilidade patrimonial. Entretanto, a sociedade não deve ser punida de forma irrestrita e automática em caso de comprovação da prática de atos corruptos realizados com a finalidade de obtenção de ganhos pessoais indevidos por parte de seus funcionários ou diretores. Além disso, mesmo que indiretamente a sociedade venha a auferir lucro devido a conduta corrupta, é evidente que a comprovação de culpa se torna indispensável para que sejam aplicadas as penas previstas na Lei da Empresa Limpa, tendo em vista a autonomia da pessoa jurídica em relação à pessoa física que praticou as transgressões.

Nessa esteira, importante ressaltar que os programas de integridade e *compliance*²⁷ ganham força quando do controle interno da sociedade empresária contra condutas corruptas. Como já sublinhado em tópico anterior, a implementação efetiva de programa de *compliance*, tanto de no âmbito de atuação subjetiva – conformidade com os regulamentos e códigos de conduta internos da sociedades empresária – bem como no âmbito objetivo – condutas em conformidade com os dispositivos legais nacionais e internacionais dentro do ambiente corporativo – são fatores importante para avaliar a integridade da companhia e seu efetivo

²⁶ Sobre a diferenciação necessária entre pessoas físicas e jurídicas, Fran Martins (MARTINS, 2016, p. 159) explica que “é a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas têm nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso reflita na pessoa daquelas que a constituíram. Por último, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns dos casos, a mudança de estado dessas pessoas físicas não irradia efeitos na estrutura das pessoas jurídicas, de molde a variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que tal fato incida no seu organismo.”

²⁷ Sobre os programas de *compliance*, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Costella (GABARDO; COSTELLA, 2015, p. 134) explicam: “Com o recrudescimento das leis e forte pressão internacional, objetivando-se estimular a participação do setor privado no gerenciamento adequado de variáveis, surgiu uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, o instituto do *compliance*. A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da *Prudential Securities*, em 1950, e com a regulação da *Securities and Exchange Commission* (SEC), em 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimento internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. [...] Verifica-se, portanto, que o *compliance* pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva. O termo *compliance*, para maior parte da doutrina, está ligado ao verbo inglês to comply e pode ser compreendido, basicamente, como estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente.”

compromisso com a transparência. É impossível que as sociedades empresárias estejam a todo tempo vigilantes acerca da conduta de todos os seus funcionários, mas o esforço devidamente comprovado para a educação, punição administrativa em âmbito interno, e controle de transgressões é de suma importância para se identificar as sociedades empresárias e entidades que presam pela transparência, pela conduta ética e pela livre concorrência e que se comprometem com o combate de quaisquer transgressões.

Ademais, não obstante a responsabilidade objetiva existir em outros dispositivos legais – quais sejam, a legislação ambiental e o direito do consumidor²⁸ – não há motivos suficientemente convincentes para se acreditar que sociedade empresárias e entidades que não tenha um histórico corporativo de transgressões corruptas sejam responsabilizadas, quer penalmente, civilmente ou administrativamente, por condutas praticadas por seus funcionários, diretores ou acionistas²⁹.

Há que se respeitar a personalidade jurídica, no que diz respeito a essa ser uma ficção jurídica criada para um objeto fim e que deve cumprir sua função social como mantenedora e propulsora da economia, gerando empregos, circulando bens, prestando serviços e auferindo lucro. Ora, a responsabilidade subjetiva não defende empresas corruptas. Os que, após o devido processo legal, são condenados por práticas de corrupção devem ser punidos de acordo com as legislações vigentes.

²⁸ Nesse sentido, Jorge Hage Sobrinho (SOBRINHO, 2014, p. 5) aponta que: “[...] a responsabilidade dos entes coletivos é sempre objetiva: basta lembrar aqui a responsabilidade tributária, a ambiental, a do Código do Consumidor; enfim, tantas são as hipóteses que seria enfadonho enumerá-las. [...] Cada regime que regula a responsabilidade empresarial [...] possui suas regras de imputação específicas.” Entretanto, importante ressaltar a necessidade de se traçarem críticas importantes sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, conforme as que são delineadas no presente trabalho.

²⁹ Sobre essas diferenças entre a lei brasileira e o FCPA norte-americano em relação a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, Cristiana Fortini (FORTINI, 2015, p.1) pontua: “A comprovação do “evil motive”, da intenção de influenciar de forma inaceitável o destinatário da vantagem indevida a obter ou manter vínculos comerciais é requerida nos EUA, tanto sob a influência do FCPA quanto nas hipóteses de corrupção interna. Deve ser demonstrado que havia consciência do ato ilícito do ato praticado, ainda que não necessariamente o responsável pelo pagamento ou oferta tenha conhecimento de que o destino final seria o “foreign official”. A responsabilidade das empresas subsistirá se a empresa autorizar (implícita ou explicitamente) ou tiver conhecimento de atos de terceiros, como advogados ou consultores, considerados ilícitos nos termos do FCPA. A Lei brasileira estabelece responsabilidade objetiva, não importando se a empresa tinha ou não conhecimento, se havia autorizado ou demandado a prática dos atos considerados nocivos por seus colaboradores. Trata-se de regra que facilita a responsabilização das empresas, dado que desnecessária a comprovação do intuito de corromper exigido nos Estados Unidos. Ao apresentar a Lei Brasileira, a reação dos norte-americanos foi de surpresa. Consideram um excesso a responsabilização de uma empresa sem que se investigue em que medida ela estava efetivamente ciente do “*wrongdoing*”. A mim, contudo, soa inocente imaginar que a corrupção, sobretudo, e de forma muito acentuada, a que ocorre para além dos mares, assunto abordado no FCPA, possa ocorrer sem que a empresa tenha ciência. De toda sorte, não é possível ignorar a prática brasileira de criar regras extremamente rígidas, em especial quando o propósito é a responsabilização civil, penal ou administrativa, cuja efetiva aplicação apenas se torna mais difícil.”

Entretanto, como já dito anteriormente, a corrupção é um fenômeno complexo. É estritamente necessário que se avaliem os casos concretos de modo a sopesar de maneira eficaz a culpabilidade da pessoa física e a extensão da culpa à pessoa jurídica.

CONCLUSÃO

Ao considerar o exposto na presente artigo, importante ressaltar a relevância dos dispositivos ora estudados no combate efetivo à corrupção, tanto em territórios nacionais, quanto estrangeiros. É indiscutível que, por ser fenômeno extremamente complexo, a corrupção merece atenção especial tanto por parte dos legisladores, quando dos aplicadores do direito, no sentido de buscarem melhores métodos de combatê-la.

Por ser o tema de grande relevância, o presente estudo teve como foco um estudo comparativo entre as normas contidas no norte-americano FCPA em relação a corrupção transnacional e a legislação nacional de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas conhecida como Lei da Empresa Limpa. Através de uma breve análise de ambos os institutos, foi possível estabelecer diferenças pontuais entre ambos, em especial em relação à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas adotada pela ordenamento jurídico nacional. A responsabilização subjetiva contida no FCPA é uma das bases de sua eficiência no combate às práticas de corrupção. Já o legislador brasileiro optou por caminho distinto da tendência mundial adotada pelo FCPA.

Insta destacar, como se pretendeu demonstrar ao longo do presente artigo, que a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas adotada pela Lei da Empresa Limpa deve ser estudada com bastante cautela, haja vista o grau de seriedade das penalidades que podem ser aplicadas nos termos da Lei da Empresa Limpa. Levando-se em consideração ser a pessoa jurídica completamente distinta da pessoa física, importante é ressaltar que o foco principal da luta contra a corrupção se encontra no agente corrupto, que nem sempre agirá com o escopo de auferir lucro ou vantagem indevida para a pessoa jurídica.

Entretanto, vale lembrar que não há que se falar em proteção de agentes corruptos. A responsabilização subjetiva, assim como disposta no FCPA norte-americano ora analisado, se dá pela necessidade de se comprovar ter sido a pessoa jurídica beneficiada. Além disso, é preciso que se diferenciem aquelas pessoas jurídicas que vem praticado de forma reiterada atos de corrupção, daquelas que possam ter detectado, dentro de seu quadro funcional, algum agente corrupto, em um caso isolado ou raro.

Essas ponderações aqui realizadas, sobre o prisma do princípio da função social e da preservação da empresa, tem como finalidade mostrar que a pessoa jurídica como agente econômico desenvolve papel importante na construção e manutenção da economia de um país, e esse papel deve ser levado em consideração quando da análise de um caso concreto de corrupção.

Por fim, levando-se em consideração todos esses aspectos, conclui-se que a Lei da Empresa Limpa, ao seguir os ditames do movimento anti-corrupção mundial cumpre seu papel em funcionar como parte indispensável na luta contra a corrupção no Brasil. Porém, assim como discutido no presente artigo, a disposição em relação a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas quando da prática de atos lesivos à administração pública se apresenta como medida extremamente severa e deve ser analisada de forma cutelosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos da administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 26/01/2017.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Convenção da OCDE**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde>> Acesso em 26/01/2017.

FARRALES, Mark Jorgensen. **What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate**. 2005. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962> Acesso em: 26/01/2017.

FORTINI, Cristiana. **Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>> Acesso em: 14/05/2017.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

KOEHLER, Mike. **The Story of the Foreign Corrupt Practices Act**. Southern Illinois University School of Law. Ohio State Law Journal, Vol. 73, No. 5, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185406>. Acesso em: 21/11/2016.

LEAL, Rogério Gesta. **A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos**. Interesse Público [recurso eletrônico]. São Paulo, v.16, n.88, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/16345/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum Administrativo [eletrônica], vol. 14. Belo Horizonte: Fórum, fev., 2014.

SOBRINHO, Jorge Hage. **Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa**. Revista dos Tribunais. vol. 947/2014. p. 35-55. Thomson Reuters. set., 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Corruption Perception Index 2016**. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016> Acesso em: 26/01/2017

TILLIPMAN, Jessica. **Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals**. GWU Law School Public Law Research Paper No. 585. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923190> Acesso em: 21 nov. 2016.

TILLIPMAN, Jessica. **Gifts, Hospitality & the Government Contractor**. 2014. The George Washington University Law School. Briefing Papers No. 14-7 Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467247> Acesso em: 21 nov. 2016.

TILLIPMAN, Jessica. **The Congressional War on Contractors**. The George Washington University Law School. George Washington International Law Review, Vol. 45, p. 235, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315273> Acesso em: 21 nov. 2016.

TILLIPMAN, Jessica. **A House of Cards Falls: Why 'Too Big to Debar' is All Slogan and Little Substance**. The George Washington University Law School. Fordham Law Review Res Gestae, Vol. 80, No. 49, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1984949> Acesso em: 21 nov. 2016.

TILLIPMAN, Jessica. **Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals**. 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923190> Acesso em: 27/10/2017.

YOU, Jong-Sung. **Is South Korea Succeeding in Controlling Corruption?** 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1451894> Acesso em: 26/01/2017.