

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

D598

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Maria De Fatima Ribeiro, Roney José Lemos Rodrigues de Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-163-0

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Empresarial. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 41 - Direito Empresarial, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Brasília - DF, entre os dias 06 a 09 de julho de 2016, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), Universidade Católica de Brasília (UCB), Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), todos localizados na cidade sede.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática foi pensada para se refletir sobre as intensas transformações ocorridas no Brasil do passado e contemporâneo, na busca por satisfazer o desejo coletivo de superar ou minimizar a desigualdade.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Empresarial tiveram como destaques as abordagens sobre falência, recuperação judicial, sociedades empresariais, lei anticorrupção e compliance, função social da empresa entre outros. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 25 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas específicas, entre elas a economia. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de *stricto sensu* em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que a presente publicação possa contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza - UNICAP

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Coordenadores

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS MEDIDAS DE COMPLIANCE EXIGIDAS PELA LEI BRASILEIRA E PELAS LEIS NORTE-AMERICANA E INGLESA

COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE COMPLIANCE MEASURES REQUIRED BY BRAZILIAN LAW AND BY AMERICAN AND ENGLISH LAWS

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves ¹

Caroline Da Rosa Pinheiro ²

Resumo

O presente trabalho estuda o compliance no modelo brasileiro de combate à corrupção, bem como aponta a evolução, os desafios e problemas que surgiram devido a aplicação do instituto com a entrada em vigor das normas brasileiras de combate à corrupção nas pessoas jurídicas. Para tanto, faz-se a comparação entre as leis anticorrupção brasileira, norte-americana e inglesa e as medidas de compliance por elas exigidas. Utiliza-se o método indutivo com pesquisa bibliográfica, a partir da revisão de literatura nacional e estrangeira sobre o tema, bem como a análise das leis que tratam do compliance nos três países relacionados.

Palavras-chave: Lei anticorrupção, Compliance, U.k. bribery act, Foreign corruption practices act

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to study the compliance in the Brazilian model to fight corruption, and to identify the evolution, challenges and problems that have arisen due to the application of the institute with the entry into force of the Brazilian anti-corruption standards. Therefore, it makes the comparison between the Brazilian anti-corruption laws, US and English and compliance measures required by them. It will be used the inductive method with bibliographical research, starting with the review of national and international literature on the topic, as well as the analysis of the laws that deal with compliance in the three countries listed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Anti-corruption law, Compliance, U.k. bribery act, Foreign corruption practices act

¹ Mestre e Doutor em Direito. Professor Associado de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UERJ e UFRJ.

² Advogada. Mestre em Direito. Professora de Direito Empresarial do IBMEC/RJ. Doutoranda em Direito, linha Empresa e Atividades Econômicas na UERJ.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo investiga o instituto do *compliance* à luz da legislação anticorrupção norte-americana, inglesa e brasileira. Desse modo, o trabalho objetiva a análise da evolução do *compliance* no Brasil, bem como a exposição comparativa do tratamento que lhe é dispensado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra.

Os questionamentos surgidos com o levantamento bibliográfico e revisão da literatura sobre o tema foram (i) qual é o tratamento dado ao *compliance* no Brasil?; (ii) quais são os impactos do instituto no ordenamento jurídico pátrio? e (iii) qual a relação/influência exercida pela legislação alienígena sobre a brasileira acerca do tema?

Para a busca de respostas às perguntas utilizou-se o método indutivo, com exame dos principais diplomas legais sobre o tema no Brasil, Reino Unido e Estados Unidos.

Em termos de opção legislativa, os estudos sobre o *compliance* são recentes no Brasil, tendo se intensificado após a década de 1980 com o advento de diversas convenções internacionais de combate ao suborno. Todavia, o tema já era estudado profundamente nos EUA desde a década de 1930, com as obras de Adolf Berle Jr. e Gardiner Means¹.

Importante destacar que, não obstante a confusão ordinária entre o *compliance* e a governança corporativa, ressalte-se que os dois institutos, embora se relacionem, não são iguais. Enquanto a governança corporativa se refere à existência de regras para a boa gestão da sociedade, o *compliance* possui escopo mais restrito e diz respeito ao fiel cumprimento das normas legais, que, num determinado contexto, têm força cogente.

Ressalte-se também que o presente trabalho tem por escopo analisar os desdobramentos do *compliance* no âmbito do direito empresarial, sem adentrar na análise sob o viés do direito administrativo ou do direito penal sobre o tema.

No que tange às teorias que dão embasamento ao *compliance*, vale mencionar a teoria da dissuasão (*deterrence theory*), segundo a qual uma maior probabilidade de sanção, seguida de uma percepção nos agentes de fiscalização e punições severas, levam a um maior índice de *compliance*. Por outro lado, o institucionalismo, aplicado no âmbito doméstico, afirma que os custos do descumprimento não se restringem a sanções econômicas, mas

¹ Em sua obra *The Modern Corporation and Private Property*, Adolf Berle Jr. e Gardiner Means (1932) foram os primeiros a discutir os benefícios e custos potenciais da separação entre propriedade e controle já vigente em algumas grandes corporações. Entre os custos potenciais, os autores observaram que a pulverização da propriedade fortaleceria o poder dos gestores, aumentando as chances de os mesmos agirem em seu próprio interesse, e não no interesse dos acionistas. *Apud* SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. **Governança Corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2015.

também a outras modalidades, como o estigma moral e a perda de reputação². Cite-se, ainda, a teoria da decisão comportamental (*behavioral decision theory*), que vai além das anteriores ao advogar que os conceitos prévios cognitivos podem influenciar a escolha dita racional:

*Behavioral decision theory adds a deeper dimension to rationalist theories by acknowledging the role that people's cognitive biases can play in their 'rational' calculations and highlighting the importance of factors such as how a particular choice is framed (e.g., people choose differently when a choice is framed as the number of lives that will be saved instead of the number of lives that will be lost) of how probabilities of detection, prosecution, and punishment are presented (e.g., people choose differently when probabilities for each stage in a chain of events are presented instead of when the overall probability is presented).*³

De outro modo, há a teoria normativista, que observará as entidades como atores de boa-fé, que desejam cumprir normas e regulamentos, porém encontram-se impossibilitados de fazê-lo em determinadas situações, seja porque lhes falta conhecimento das regras, recursos tecnológicos/financeiros e/ou incentivos para o *compliance*. Desse modo, essa teoria defende estratégias de disseminação de informações, assistência tecnológica e inspeções, em prol de maior cooperação entre os envolvidos.

Consideradas as teorias expostas, o trabalho pretende apontar a qual delas se filia o modelo brasileiro de *compliance*, bem como sua relação com os modelos inglês e norte-americano.

2. ANTECEDENTES NO BRASIL DA LEI ANTICORRUPÇÃO (Lei nº 12.846/2013)

No Brasil, a prática de corrupção já se tornou um fenômeno social que interfere diretamente na eficácia e credibilidade. Os recentes escândalos de corrupção⁴ geraram um reflexo na opinião pública, o que colocou em pauta a questão do combate a esta prática ilícita.

É verdade que a Constituição Federal de 1988 prevê um rol de dispositivos que visam assegurar a moralidade administrativa (v.g. art. 5º, LXXIII, art. 37, *caput*). Além disso, diversas leis também já tratavam da corrupção no âmbito interno. Exemplos dessas leis são a Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos administrativos), Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), e no Código Penal, no Título XI “Dos Crimes contra a Administração

² ZAEKE, Durwood.; KANIARU, Donald.; KRUŽÍKOVÁ, Eva. **Making law work: environmental compliance & sustainable development**. London: International Law Publishers, 2005. Vol. 1, Chapter 2, p. 59.

³ *Idem*, pp. 59-60.

⁴ Como exemplo, em 2014 foi deflagrada pela Polícia Federal a Operação Lava Jato em virtude de esquema de lavagem e desvio de dinheiro envolvendo a Petrobrás, grandes empreiteiras do país e políticos.

Pública”⁵. Todavia, nenhuma delas tratou especificamente do *compliance* ou se mostrou realmente eficaz no combate à corrupção.

Assim, fez-se necessária uma resposta do Legislativo após as manifestações populares ocorridas por todo o País desde junho de 2013. O papel do cidadão e a democracia participativa se fortaleceram nesse processo, reafirmando o anseio por maior transparência, investigação e menos impunidade e leniência com os envolvidos.

Foi nesse cenário que surgiu a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, alcunhada de Lei Anticorrupção. Com o advento dessa lei, os mecanismos de controle aos atos que violam o princípio da moralidade administrativa também se estenderam aos agentes privados que financiam tais práticas. Embora os agentes privados não estejam albergados sob o princípio da legalidade administrativa, sua extensão a eles não é de forma alguma antijurídica⁶.

Segundo Diogo de Figueiredo e Rafael Vêras de Freitas, a corrupção em si induz à apropriação privada de recursos públicos, recursos que deveriam ter como alvo o incremento de políticas que possibilitem o alcance dos direitos fundamentais, e, por isso, viola os objetivos elencados no art. 3º, incisos I, II, III e IV da Constituição, e, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, destacado em seu art. 1º, inciso III. Advém daí a constitucionalidade de diploma normativo que busca justamente a repressão às condutas de agentes privados que incentivem a prática de imoralidades por servidores do Estado⁷.

Diante desse cenário, e em vista do apelo não só global, mas, principalmente, interno, com o advento da Lei nº 12.846/2013, que passou a vigorar em janeiro de 2014⁸, é que despontou efetivamente a necessidade do estudo do *compliance* no Brasil.

Tendo em vista que muitos pontos da lei foram espelhados nas normas inglesas e norte-americanas, importa esclarecer os dispositivos de ambas e fazer um comparativo entre elas e a Lei Anticorrupção brasileira.

⁵ A lista completa de leis que tratam do tema é: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429 de 1992), Lei de Licitações (Lei nº 8.666 de 1993), de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613 de 1998 e nº 10.467 de 2002), de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079 de 2004), de Filantropia (Lei 12.101 de 2009), Antitruste (Lei nº 12.529 de 2011), do Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei nº 13.019 de 2014), de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101 de 2001), sobre Sigilo das Operações Financeiras (Lei Complementar nº 105 de 2000) e a do Mercado de Capitais (Leis nº 4.728 de 1965 e na Lei nº 6.385 de 1976).

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em 05.06.2015.

⁷ Ibidem.

⁸ O texto da lei brasileira é frequentemente comparado a leis alienígenas, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977 aplicado nos Estados Unidos (que serviu inclusive de influência para a Convenção Anticorrupção da OCDE) e o *U.K. Bribery Act*, de 2010, do Reino Unido.

3. ASPECTOS DA LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO ALIENÍGENA

As leis norte-americana e inglesa são as principais referências mundiais no combate à corrupção. De um lado, os Estados Unidos da América regulamentaram o tema desde 1977, com o *Foreign Corruption Practices Act*, e, posteriormente, com o *Sarbanes-Oxley Act*. De outro, a Inglaterra editou, em 2010, o *U.K. Bribery Act*, uma das mais severas leis anticorrupção do mundo, também aplicável a todos aqueles que, de qualquer modo, exercem qualquer atividade em território inglês. Essas leis determinam os padrões internacionais de *compliance* a serem seguidos por todas as pessoas jurídicas.

3.1. CARACTERÍSTICAS DA *FOREIGN CORRUPTION PRACTICES ACT (FCPA)* E DA *SARBANES-OXLEY ACT (SOX)*

O *Foreign Corruption Practices Act* (“FCPA”)⁹, de 1977, é a mais antiga e importante lei anticorrupção das quais se tem conhecimento e ainda serve de modelo para as leis anticorrupção de vários outros países. O propósito primeiro da lei é o de criminalizar a prática de suborno a oficiais públicos estrangeiros, a fim de influenciar a ação do funcionário para obter vantagens impróprias¹⁰. Em outras palavras, uma sociedade não pode dar, oferecer, prometer ou autorizar a doação de qualquer coisa de valor a funcionário do governo estrangeiro, direta ou indiretamente.

A lei se divide nas Seções Anticorrupção e de Controles Contábeis. A primeira trata de subornos efetuados a funcionários públicos estrangeiros e qualifica como crime as práticas de dar ou prometer pagamentos a funcionários públicos estrangeiros ou membros de partidos políticos com os fins específicos de encorajar o agente a praticar ou omitir qualquer ato que violaria os seus deveres legais ou oficiais; obter ou manter negócios; direcionar negócios a qualquer sociedade ou pessoa; ou conseguir qualquer tipo de vantagem indevida¹¹.

⁹ O FCPA possui sanções penais e civis para funcionários, administradores e representantes de sociedades que pratiquem esses atos no estrangeiro, sejam os atos praticados pelas matrizes ou por suas subsidiárias - sendo que este caráter extraterritorial foi repetido no dispositivo brasileiro. Esta lei é norteadas por dois princípios: (i) as disposições anti-suborno, que tratam de subornos a funcionários públicos fora dos Estados Unidos, e (ii) as disposições de registros contábeis, onde há a exigência de que as empresas mantenham registros precisos de suas transações e estabeleçam controles contábeis que ofereçam garantia de que isto ocorre.

¹⁰ Korkor, Samer; Ryznar, Margaret. Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing (August 4, 2011). *Missouri Law Review*, Vol. 76, n. 2, pp. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.

¹¹ Segundo o texto do FCPA, é proibido a qualquer emissor de títulos “promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro, ou oferta, doação ou promessa de doação, ou ainda uma autorização de doação de qualquer item de valor a -- (1) qualquer dirigente

O FCPA tem ampla incidência, pois é aplicado tanto aos cidadãos e sociedades norte-americanas como também a todos aqueles que com eles estabelecem relações comerciais, às sociedades estrangeiras que negociam títulos nas bolsas de valores dos Estados Unidos e também às pessoas físicas ou jurídicas que mantêm relações com agentes públicos¹².

Embora o texto legal seja extremamente descritivo e elenque enorme gama de atos proibidos, há entendimento, na Comissão de Justiça norte-americana, que a lei tem seus efeitos ampliados quando o ato é praticado em relação a funcionário público estrangeiro, punindo qualquer conduta que implique na obtenção de vantagem, mesmo que não pecuniária. Isso ocorre porque o item (1), (A), do §78 dd-1 dispõe que as condutas elencadas no item (1) são condenáveis quando visam qualquer vantagem indevida¹³.

Quando se refere à questão contábil, o FCPA estabelece que todas as companhias listadas na Bolsa de Valores de Nova York e submetidas às regulamentações da *Security Exchange Commission* (SEC) devem emitir relatórios anuais e trimestrais das transações

estrangeiro, com o fim de -- (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente estrangeiro em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente estrangeiro a realizar ou deixar de realizar qualquer ação em violação à sua obrigação legal, ou (iii) garantir qualquer vantagem indevida; ou (B) induzir tal dirigente estrangeiro ao uso de sua influência perante um governo estrangeiro ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo e, assim, ajudar tal emissor a obter e manter negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa; (2) qualquer partido político estrangeiro ou a dirigente do mesmo ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro para fins de -- (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal partido, dirigente ou candidato em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal partido, dirigente ou candidato a realizar ou deixar de realizar um ato, em violação da obrigação legal de tal partido, dirigente ou candidato, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou (B) induzir tal partido, dirigente ou candidato a usar sua influência perante um governo ou organismo governamental para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa; ou (3) qualquer pessoa, sabendo que toda ou parte de tal soma em dinheiro ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo, ou a qualquer candidato a cargo político estrangeiro, para fins de -- (A) (i) influenciar qualquer ato ou decisão de tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior, em sua capacidade oficial, (ii) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido, ou candidato de partido no exterior a realizar ou deixar de realizar qualquer ato, em violação da obrigação legal de tal dirigente, partido político, dirigente de partido ou candidato de partido político no exterior, ou (iii) garantir a obtenção de alguma vantagem indevida; ou (B) induzir tal dirigente, partido político, dirigente de partido político ou candidato de partido político no exterior a usar sua influência junto a governos ou organismos governamentais no exterior para afetar ou influenciar qualquer ato ou decisão de tal governo ou organismo governamental e, assim, ajudar o dito emissor na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou direcionar negócios a essa pessoa”

USA. Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior. Disponível em <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2015.

¹² Ibidem.

¹³ Nesse sentido, é importante apontar que “A FCPA não definiu expressamente o que significa pagar por ‘qualquer vantagem indevida’ a um agente governamental, contudo a frase tem sido interpretada de modo amplo. A prática dos reguladores governamentais sugere que a frase inclui ambos, objetos tangíveis e intangíveis, quer pagamentos de coisas ou serviços seja feito diretamente ou por intermediários, como agentes, consultores ou contratados. Coisas de valor incluem bolsas de estudo, favores sexuais e ofertas de emprego futuro”. Korkor, Samer; Ryznar, Margaret. *Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing* (August 4, 2011). *Missouri Law Review*, Vol. 76, n. 2, pp. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.

realizadas; manter livros contábeis, registros e contas fidedignos às suas respectivas transações; que esses livros assegurem que todas as transações tenham transcorrido de acordo com a autorização da direção da sociedade; e que haja acesso aos dados referentes a seus ativos¹⁴. Segundo a lei, os registros contábeis não precisam ser exatos, mas suficientemente confiáveis e fidedignos para assegurarem a verificação das transações financeiras realizadas¹⁵.

Note-se que o FCPA valorizou a transparência e a prestação de contas, dois dos mais importantes aspectos da governança, e que instituiu parâmetros de conduta a serem seguidos pelas pessoas jurídicas, valorizando a adoção de medidas de *compliance*.

O “dito” rigor do FCPA vem do alto valor das multas aplicadas. Não há dúvidas que foram essas sanções que modificaram o comportamento das sociedades perante os agentes públicos¹⁶. Em contrapartida, segundo as disposições do FCPA, caso a companhia tenha implementado um programa de *compliance* eficiente, as sanções civis e penais aplicáveis podem ser reduzidas em até 95% (noventa e cinco por cento)¹⁷.

O *Sarbanes-Oxley Act* foi publicado em 2002, após os escândalos envolvendo algumas das grandes corporações dos Estados Unidos (Enron e Worldcom). A lei, de autoria do Deputado Michael Oxley e do Senador Paul Sarbanes, analisou todos os crimes e desvios cometidos no caso Enron e buscou evitar que atos similares ocorressem novamente nos Estados Unidos, classificando-os como crimes.

Sem embargo, são feitas duras críticas ao SOX, tanto no meio jurídico como administrativo, pelo entendimento de que a lei anticorrupção trouxe mais malefícios do que benefícios ao mercado de capitais americano, haja vista que ela vincula a sua aplicação a todas as companhias que negociam valores mobiliários¹⁸ na bolsa de Nova York ou que possuam *holdings* que o façam. Com isso, elevam-se os custos de *compliance* a patamares

¹⁴ FCPA, § 78. Ibidem.

¹⁵ Korkor, Samer and Ryznar, Margaret, Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing (August 4, 2011). **Missouri Law Review**, Vol. 76, No. 2, pp. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.

¹⁶ A lei prevê, por exemplo, multas de US\$ 2,000,000 (dois milhões de dólares) para as sociedades que violam as políticas de registro contábeis, ou do dobro do valor da vantagem financeira recebida ou da propina paga; ou de até US\$ 25,000,000 como sanção penal pelo descumprimento das normas estabelecidas.

¹⁷ Korkor, Samer e Ryznar, Margaret asseveram que “Especificamente, uma corporação se qualifica para o crédito se seu programa de *compliance* e ética: (1) requerer que aqueles com responsabilidade operacional no programa de *compliance* e ética reportem diretamente às autoridades governamentais ou aos seus subgrupos, tal como o comitê de auditoria do conselho de administração; (2) detectar a ofensa antes dela ser descoberta fora da organização ou antes que ela seja possível; (3) requerer que a organização prontamente reporte a ofensa às autoridades governamentais; e (4) seja tal que “nenhuma pessoa com responsabilidade operacional no programa de conformidade tenha participado, tolerado, ou tenha, deliberadamente, ignorado a infração”. (tradução livre). Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom..., Ibidem.

¹⁸ Títulos denominados ADR – *American Depositary Receipt*.

nunca antes vistos e engessando o movimento natural dos mercados de se estruturarem em um cenário cuja cultura é, majoritariamente, da autorregulação¹⁹.

De fato, o SOX trouxe diversas modificações, dentre as quais se destacam a criação de um conselho não governamental dedicado à análise das sociedades de auditoria independente; a necessidade da melhoria dos níveis de controle interno das companhias e a adoção de programas de *compliance*²⁰. O SOX também buscou assegurar que as sociedades adotassem medidas de *compliance*, pois, por diversas vezes, o texto se refere a programas de integridade e a procedimentos de prevenção e detecção de fraudes.

Entretanto, pode-se dizer que a primeira questão polêmica do SOX é a imputação da responsabilidade objetiva dos administradores sobre os balanços fiscais publicados pela sociedade²¹. As determinações do SOX colocam os administradores (Diretores Executivos e

¹⁹ É nesse sentido que SKAPINKER afirma que “[...] a Lei *Sarbanes-Oxley*, outra tentativa de eliminar qualquer possibilidade de risco que a paternidade legislativa poderia conceber. Sou totalmente favorável a que as empresas sejam sujeitas à lei. Nem há algo de errado na maneira pela qual a lei *Sarbanes-Oxley* lida com determinados abusos, como o estilo Enron de criar entidades de finalidades especiais para ocultar passivos. O que incomoda é o fato de os criadores da *Sarbanes-Oxley* terem tentado identificar cada minúsculo detalhe do que aconteceu de errado na Enron, e então modelado uma lei com base na premissa de que a lei seria capaz de impedir que essas contravenções viessem a se repetir. (omissis) Boa parte das estripulias empresariais teria sido ilegal sob qualquer sistema legal em vigor; “não roubarás” daria conta da maioria delas [...]. Muito mais eficazes do que os “códigos-de-prática-para-isso” e “declarações-de-responsabilidade-para-aquilo” é ver o que sucede aos que transgridem a lei. [...]. Aplicação eficaz da lei é mais importante do que mudanças detalhadas na lei. Ver outros pagando o preço é um choque salutar para o sistema inteiro - o equivalente empresarial de ralar seus joelhos.” SKAPINKER, Michael. **Uma Legislação Superprotetora: Lei Sarbanes-Oxley exagera em detalhes ao tentar anular todas as chances de abusos**. Valor Econômico, São Paulo, 2 dez. 2004. Opinião.

²⁰ (i) A criação do *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) conselho não-governamental e independente, encarregado de inspecionar as sociedades de auditoria a fim de proteger os interesses dos investidores e promover a confiança pública nos relatórios dos auditores. (ii) A exigência de um novo patamar de governança corporativa, de estruturação de controles internos e de gestão de riscos corporativos. Nesse sentido, as empresas deverão implementar controles internos eficazes para todos os processos de negócio e realizar testes sobre a efetividade desses controles, de modo a assegurar que os dados financeiros relativos a tais processos estão corretamente apresentados e mensurados nas demonstrações financeiras. Relatórios sobre a efetividade dos controles internos da companhia deverão ser divulgados em conjunto com as demonstrações financeiras anuais. Também é exigida a criação de um Comitê de Auditoria composto por membros independentes. (iii) A adoção de procedimentos de prevenção e de detecção de fraudes por parte das companhias. (iv) O estabelecimento de punições criminais e pecuniárias para os *Chief Executive Officers* (CEOs) e *Chief Financial Officers* (CFOs). Esses executivos são responsáveis pela integridade e fidedignidade das demonstrações financeiras e, caso falhem em sua certificação anual, podem estar sujeitos a multas que podem chegar a US\$ 5 milhões e à prisão por até 20 anos. (v) A alteração nas formas de se auditar as companhias. A Sox, em seu segundo capítulo, dedica-se, exclusivamente, à regulamentação dos auditores independentes e discorre, principalmente, sobre: 1. Proibição de prestação de determinados serviços pelos auditores a seus clientes; 2. Pré-aprovação da contratação do auditor pelo Comitê de Auditoria do cliente; 3. Relacionamento do auditor independente com o Comitê de Auditoria; Conflitos de interesse na contratação de pessoal proveniente de empresas de auditoria. SILVA, Adriano Gomes da; ROBLES JUNIOR, Antonio. Os impactos na atividade de auditoria independente com a introdução da lei Sarbanes-Oxley. **Revista Contabilidade e Finanças**. vol.19 n.48 São Paulo set./dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772008000300010&lang=pt> Acesso em 29 de março de 2015.

²¹ COLARES OLIVEIRA, Marcelle, SILVA LINHARES, Juliana. A Implantação de Controle Interno adequado às exigências da Lei Sarbanes-Oxley em Empresas Brasileiras – um estudo de caso. **Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS** [online] 2007, v. 4 (maio-agosto). Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337228632007>> Acesso em 29 de março de 2015.

Diretores Financeiros) em posição deveras delicada, na qual figuram, praticamente, como garantes solidários com as sociedades administradas pelo teor dos documentos contábeis publicados e segundo a qual podem – e são – responsabilizados por quaisquer equívocos deles constantes que causem eventuais prejuízos aos acionistas. Além disso, algumas das normatizações trazidas pela SOX são demasiado onerosas (a exemplo das que tratam dos comitês de auditoria), o que as torna de difícil aplicabilidade e pouco ou nada rentáveis, mesmo que melhorem os níveis de confiabilidade das sociedades a longo prazo.

3.2. CARACTERÍSTICAS DO U.K. *BRIBERY ACT*

O *U.K. Bribery Act*, de 2010, é um dos mais severos regramentos sobre o tema, pois seu rol de atos lesivos é extenso: (i) oferecer, prometer, pagar, requerer, concordar em receber ou aceitar vantagem; (ii) subornar oficial estrangeiro; e (iii) falhar na prevenção de corrupção; tipificando, então, quatro crimes: (i) corrupção ativa de sujeitos públicos e privados, (ii) corrupção passiva de sujeitos públicos ou privados, (iii) corrupção de agentes públicos estrangeiros, e (iv) a falha das sociedades na prevenção da corrupção²².

Anteriormente ao *Bribery Act*, havia, na Inglaterra, três diferentes tratamentos dados aos crimes de suborno. Dois deles tinham origens estatutárias – *Prevention of Corruption Act* e *Public Bodies Corrupt Practices Act* – e um provinha do *Common Law*.

O *Prevention of Corruption Act*, de 1906, classificava como crimes as condutas de favorecer qualquer agente com o objetivo de realizar qualquer ato ou favor para qualquer pessoa, em relação aos seus negócios. O *Public Bodies Corrupt Practices Act*, de 1899, por sua vez considerava crime de corrupção dar, prometer ou oferecer qualquer presente ou vantagem a agente do serviço público. Essas leis, mesmo que direcionadas ao combate da corrupção, não classificavam o suborno de agentes governamentais estrangeiros como crime.

Em 2001, com a alteração do *Prevention of Corruption Act* pelo *Anti-Terrorism Crime and Security*, a Inglaterra passou a considerar crime o a realização de pagamentos de propina para agentes públicos embarcados. Esta mesma alteração legislativa modificou a lei de 1899 e estendeu o conceito de órgãos públicos aos órgãos análogos aos ingleses, mas fora da Inglaterra. Contudo, mesmo com as alterações legais de 2001, o sistema inglês de combate

²² Informações retiradas do folheto Felsberg sobre a Lei Anticorrupção. Disponível em: <<http://www.felsberg.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 12/06/2015.

à corrupção não se adequou às convenções de combate à corrupção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), das quais a Inglaterra é signatária.

Por isso, em 2010, o legislador britânico editou o *U.K. Bribery Act*, lei pela qual a corrupção de agentes governamentais estrangeiros por corporações passou a ser considerada crime. Outras duas condutas definidas como atos de corrupção pela lei inglesa foram a de oferecer suborno a qualquer pessoa e a de aceitar suborno. Além dessas condutas, o *U.K. Bribery Act* também classificou a não prevenção do suborno como crime corporativo²³.

Não obstante, o *Bribery Act* se utilize do sistema de responsabilização subjetiva dos agentes que praticam atos de corrupção. Exceção à regra ocorre nos casos de falha na prevenção de suborno, haja vista que o entendimento é que as sociedades têm a obrigação legal de prevenir que seus empregados violem as leis anticorrupção. Por isso, a responsabilização pelo crime de *failure to prevent bribery* é objetiva.

Muito embora o *U.K. Bribery Act* se aplique tanto às pessoas jurídicas quanto às pessoas físicas que praticam atos de corrupção, a lei estabelece que a existência de programas de integridade (*compliance*) será considerada quando da apreciação, pelo judiciário, da prática ilegal. Dessa forma, pode-se dizer que o *U.K. Bribery Act* incentiva a formulação de programas de *compliance* dentro das sociedades que a ele se sujeitam²⁴.

Não obstante a demora para a sua edição, o *U.K. Bribery Act* surgiu como uma das mais severas leis anticorrupção do mundo e previu diversos tipos de condutas delituosas. Além disso, as sanções previstas pela lei britânica têm natureza penal²⁵.

²³ Os crimes de corrupção elencados no *U.K. Bribery Act* são extraterritoriais, pois a lei inglesa é aplicada se o crime ocorrer dentro da Inglaterra ou se uma pessoa jurídica ou cidadão inglês, ou até mesmo pessoa residente na Inglaterra, estiver envolvido no crime de corrupção, mesmo a prática do ato delituoso tenha ocorrido fora do território inglês. Korkor, Samer and Ryznar, Margaret, Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing (August 4, 2011). *Missouri Law Review*, Vol. 76, No. 2, pp. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>. Acesso em 29 de fevereiro de 2016.

²⁴ Já em 2010, o Secretário de Estado da Inglaterra lançou uma minuta, que elencou seis princípios para a detecção de atos de suborno e para a prevenção da corrupção: i. avaliações de risco; ii. alto nível de comprometimento; iii. devida diligência na investigação das empresas com as quais a companhia contrata; iv. políticas e procedimentos claros, práticos e acessíveis; 5. implementação efetiva; e v. monitoramento e avaliação de riscos. Korkor, Samer and Ryznar, Margaret. Op. Cit.

²⁵ Não há qualquer previsão de reparação civil ou administrativa no *U.K. Bribery Act*. Caso uma pessoa pratique ato de corrupção, a ela pode ser imputada pena de até 10 (dez) anos, mais multa. Nos casos de crimes praticados por companhias, as multas são ilimitadas e podem, inclusive, acarretar o fechamento das sociedades e a perda compulsória de patrimônio. FERREIRA, Luciano Vaz. **A Construção do Regime Jurídico Internacional Antissuborno e seus Impactos no Brasil**: Como o Brasil Pode Controlar o Suborno Praticado por Empresas Transnacionais. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 de março de 2015.

4. O COMPLIANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM O ADVENTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

O combate à corrupção no Brasil não se iniciou com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção. Contudo, duas grandes novidades que a Lei proporciona são a presença de *compliance* nas sociedades empresárias, como forma de atenuar a sanção aplicada e a previsão normativa de tipos que configurem atos de corrupção.

De forma sucinta, pode-se extrair o conceito de *compliance* do inciso VIII do art. 7º da Lei Anticorrupção: “mecanismos e procedimentos 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”. Estes mecanismos devem estar contidos nas relações internas da pessoa jurídica, nas suas relações com o Poder Público e nas suas relações com outras pessoas jurídicas. Uma das principais formas de exercer esse controle é o estabelecimento de um Código de Ética para a pessoa jurídica

Em relação à corrupção interna devem ser combatidos abusos nas relações contratuais, impedindo que a manipulação de licitações internas seja feita por pessoas físicas integrantes de comissões, com o objetivo de adquirir vantagens pessoais.

O combate à corrupção nas relações com o Poder Público visa impedir que a pessoa jurídica cometa os ilícitos listados no inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção. Nas relações com outras pessoas jurídicas deve impedir a formação de um concurso delituoso para prejudicar concorrentes, o mercado ou as pessoas que são consumidoras dos bens e serviços²⁶.

Sobre o tema, Modesto Carvalhosa salienta a importância da presença de uma estrutura de auditoria interna, de um comitê de governança e do treinamento permanente de seus empregados e dirigentes. A auditoria interna deve, entre outras obrigações, verificar as contas e observar a legitimidade dos negócios jurídicos que as originaram, manter um sistema de análise de risco e um serviço permanente de recebimento de denúncias. O Comitê de Governança deve existir quando a pessoa jurídica possuir um órgão colegiado. Dentre seus deveres estão: promover a auditoria jurídica, econômica e financeira de contratos, investigar as condutas internas de seus dirigentes e empregados, receber denúncias internas e encaminhá-las à diretoria, ou seja, investigar, revelar e denunciar atos ilícitos²⁷.

²⁶ CARVALHOSA, Modesto. Considerações Sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2014. págs. 323-332, *passim*.

²⁷ *Ibidem*.

Assim, a Lei nº 12.846/2013 criou normas objetivas de governança corporativa, tais quais as exigências da existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética, conforme previsão no art. 7º, inciso VIII.

Muito embora o legislador pátrio tenha inovado ao estabelecer como crime as práticas em desacordo com a boa governança e ao determinar a implementação de programas de *compliance*, em diversos pontos do texto legal foram utilizados conceitos abertos e indeterminados. Outra característica importante a ser observada é que a lei não estipulou critérios descritivos das boas práticas de governança.

Desse modo, a legislação anticorrupção brasileira, ao contrário da norte-americana (FCPA e SOX), criou o dever de adequação às boas normas de governança corporativa, mas não as descreveu ou estipulou critérios objetivos de regulação da atividade de mercado.

Assim, ante a alta complexidade do tema e a abstração do texto legal, principalmente no que tange o *compliance* – aplicação e fiel cumprimento das normas de governança corporativa – a aplicação da Lei nº 12.846 pode causar insegurança jurídica, porque seus conceitos necessitam ser estudados, amplamente debatidos e carecem de maior definição.

A lei anticorrupção entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014 valendo para atos e infrações cometidos desde então. Contudo, a sua regulamentação não foi imediata.

Um dos problemas encontrados é o referente à regulamentação, sendo que predomina a falta dela na maioria dos Estados e Municípios brasileiros, com exceção, por exemplo, do Estado do Espírito Santo, onde foi criada uma Secretaria de Controle de Transparência.

4.1. A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA À LUZ DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Primeiramente, deve-se entender o que art. 2º da Lei nº 12.846/2013 representa para a pessoa jurídica²⁸. Ao prever a responsabilidade objetiva como sanção à prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, tal artigo prevê a punição da pessoa jurídica independentemente de culpa ou dolo, fazendo com que a sociedade empresária responda pelos atos praticados por qualquer um de seus representantes quando for comprovada a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade com o ato de corrupção. Se a

²⁸ “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”.

pessoa jurídica conseguir provar que não houve violação à ordem jurídica, ou que o ato não partiu de um dos seus representantes, não é possível que ela responda objetivamente²⁹.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, o objetivo da responsabilização objetiva da pessoa jurídica seria o de fomentar que as próprias criem sistemas que controlem as condutas de seus agentes, de modo a evitarem a prática de atos violadores da moral administrativa³⁰.

4.2. O COMPLIANCE COMO ATENUANTE DA SANÇÃO

O art. 7º da Lei nº 12.846/13 prevê que a presença de um programa de integridade estruturado com o objetivo de prevenir e detectar atos ilícitos seja usado como fundamento para atenuar a sanção que a pessoa jurídica receberá em caso de envolvimento com atos de corrupção³¹. Dessa forma, a lei anticorrupção inovou na ordem jurídica pátria ao considerar relevante a existência de mecanismos e ferramentas que buscam agir de forma preventiva e até mesmo coibir o crime - programas de *compliance*. Assim sendo, a presença de auditorias, fiscalizações periódicas, o uso de códigos de ética, como também o controle permanente da execução dos contratos celebrados pela pessoa jurídica com a entidade ou órgão da administração pública são ações e medidas desejáveis.

Dessa forma, o *compliance* passa a ser medida que tende a diminuir/atenuar as sanções aplicadas à pessoa jurídica. Insta salientar que só haverá a referida redução quando a pessoa jurídica, comprovadamente, buscar implementar mecanismos de proteção às fraudes no âmbito da atividade que desempenha e for verificada a efetividades de tais mecanismos.

Percebe-se que o legislador visava impulsionar a criação dessas políticas internas, uma vez que, diferentemente do que ocorre nos EUA, a ausência das estruturas consideradas obrigatórias para o *compliance* não é considerada crime, não sendo penalmente relevante.

O problema que surgiu foi a falta de previsão normativa de quais seriam os procedimentos que deveriam ser considerados como *compliance*, uma vez que o conceito apresentado no inciso VIII do art. 7º é assaz abstrato.

²⁹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2014, pág. 37.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em 05.06.2015.

³¹ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Este problema foi solucionado com a edição do Decreto nº 8.420/2015, que em seu artigo 42 arrola todas as políticas e estruturas que fazem parte do programa de integridade (*compliance*) e as formas como elas serão analisadas³². O artigo considera, por exemplo, padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicados a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercido³³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas afirmam que, uma vez regulamentado o inciso VIII do artigo 7º, sua aplicação seria um ato administrativo vinculado, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos nele contidos, não estaria aberta qualquer margem de escolha da comissão julgadora em aplicar ou não o benefício³⁴.

4.3. A REGULAMENTAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

Conforme estabelecido na Lei Anticorrupção, a competência para estabelecer a regulamentação e consolidar entendimentos, critérios e conceitos trazidos pela Lei federal é da Controladoria Geral da União (CGU).

Desta forma, dentre as medidas propostas pelo Pacote Anticorrupção, a mais aguardada foi o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Isso porque, apesar de ter entrado em vigor em janeiro de 2014, a Lei Anticorrupção ainda carecia de regulamentação complementar.

Dentre os esclarecimentos trazidos pelo Decreto, o mais importante foi a definição das expectativas e critérios para o estabelecimento de um programa de *compliance* a ser implementado pelas sociedades atuantes no Brasil, haja vista que os programas de *compliance* adotados anteriormente por elas eram muito baseados nos modelos alienígenas.

Assim sendo, o Decreto nº 8.420/2015 estipulou diversos critérios a serem seguidos pelos agentes privados para que o programa de *compliance* por eles adotados seja considerado válido³⁵, todos baseados no controle e na transparência. Além disso, o programa deve ser

³² Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros [...].”

³³ Também é levado em consideração na avaliação dos parâmetros tratados no artigo, o porte da empresa, o setor em que atua, os países em que atua, a complexidade de sua hierarquia, entre outros fatores listados.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em 05.06.2015.

³⁵ Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e

aplicável à sociedade para que haja a amenização da responsabilidade pela existência do programa de *compliance*.

É nesse sentido que o Decreto determina que microempresas e empresas de pequeno porte terão programas de *compliance* com parâmetros diferenciados, que não atendam aos incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do artigo 42. Por conseguinte não é necessário: (i) regulamentar as condutas de terceiros contratantes; (ii) fazer análises de risco periódicas para adequação dos programas de integridade; (iii) haver independência entre o responsável pela implementação do programa de *compliance* e sua respectiva fiscalização; (iv) prover canais internos e externos de denúncias; (v) implementar procedimentos para contratação, desprovidos de fiscalização de vulnerabilidade nos processos de fusão, aquisições e reestruturação societária; e (vi) monitoramento contínuo do programa de integridade para o seu aprimoramento.

Dessa forma, durante algum tempo a sociedade civil se perguntou quais seriam as regras para a implementação de programas de *compliance* nas microempresas e nas empresas de pequeno porte, visto que algumas das mais importantes regras para o estabelecimento de programas de integridade não se aplicariam a essas entidades. Foi com esse intuito que, em setembro de 2015, a CGU e a Secretaria da Micro e Pequena Empresa editaram a Portaria Conjunta nº 2.279, para regular os padrões de *compliance* que devem ser adotados pelas micro e pequenas empresas.

A Portaria publicada, além de destrinchar os incisos do artigo 42 do Decreto nº 8.420/15, inova ao estabelecer que, para que as medidas sejam avaliadas quando da

administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

investigação de atos de corrupção para a verificação da responsabilidade e diminuição da sanção, as micro e pequenas empresas devem apresentar relatórios de perfil e de atividade.

Dos relatórios de perfil deve constar a área de atuação, os responsáveis pela administração, o quantitativo de empregados e a estrutura organizacional e o nível de relacionamento das micro ou das pequenas empresas com o Poder Público, inclusive com a indicação dos contratos que ela mantém com a Administração Pública. Nos relatórios de atividade, a micro ou pequena empresa deve apontar o funcionamento das medidas adotadas e que essas medidas contribuíssem para a detecção e remediação dos atos ilícitos³⁶.

5. ALGUMAS CRÍTICAS À LEI Nº 12.846/2013: UMA ANÁLISE COMPARATIVA AO FCPA E AO U.K. *BRIBERY ACT*

É nítido que a Lei nº 12.846/13 sofreu forte influência tanto das convenções internacionais de combate à corrupção da OCDE como também do FCPA e do U.K. *Bribery Act*. Dessa forma, as três leis, a norte-americana, a inglesa e a brasileira, têm pontos em comum. Não obstante isso, o tratamento dado ao instituto do *compliance* nos três diplomas legais difere em alguns aspectos.

Exemplo da afirmação supra está no tratamento dado à responsabilidade nas três leis. O U.K. *Bribery Act* e o FCPA primam pela responsabilidade subjetiva nos casos da prática de atos de corrupção. A exceção à regra fica restrita, no FCPA, aos atos praticados pelos administradores, nos casos referentes às prestações de contas, e, no U.K. *Bribery Act*, aos casos de negligência na prevenção de suborno, ou seja, na *failure to prevent bribery*.

A Lei nº 12.846/13, por sua vez, e de modo contrário, prega a responsabilidade objetiva pela prática de atos de corrupção. O simples fato de ter ocorrido a prática de suborno (crime de corrupção ativa ou passiva) já é suficiente para a aplicação da lei. Nesse sentido, a lei brasileira se aproxima do U.K. *Bribery Act*, que também prevê a possibilidade de responsabilização objetiva das sociedades pelos atos praticados por seus administradores. A diferença entre ambas reside no fato de que a lei brasileira não discrimina quais atos praticados por pessoas e em quais posições sujeitam a pessoa jurídica à responsabilização objetiva, expandindo ao máximo a imputação desse tipo de responsabilidade³⁷. Dessa forma, mais do que nos outros países, a implementação de programa de *compliance* mostra-se

³⁶ BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria Conjunta nº 2.279, de 9 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União** (DOU) nº 173, de 10 de setembro de 2015, p. 2 a 4.

³⁷ Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 357-370, *passim*.

essencial no Brasil para que se evitem desvios que possam acarretar a responsabilização direta e objetiva da sociedade.

Um ponto em comum das três leis é o da extraterritorialidade. Tanto o FCPA como o *U.K. Bribery Act* e a Lei nº 12.846/13 têm caráter extraterritorial. Isso significa que todas as pessoas jurídicas que, de alguma forma, exerçam as suas atividades nos territórios dos Estados Unidos, Inglaterra e Brasil devem se adequar às normas dos três países. Em outras palavras, elas terão caráter complementar caso a pessoa jurídica exerça suas atividades transnacionalmente. Será necessária a cooperação internacional para que haja a definição de um modelo de *compliance* universalmente aceito.

A criação de tal modelo, por sua vez, pode ser dificultada, pois as leis trazem em seus bojos definições diferentes de condutas condenáveis. Enquanto o FCPA considera ilícita a corrupção de agente público estrangeiro, e ainda assim permite que a sociedade ofereça vantagem aos agentes de outros países, caso os ordenamentos desses Estados assim o autorizem, a Lei nº 12.846/13 traz um vasto rol de condutas consideradas ilícitas, inclusive a oferta de vantagem indevida a agente público estrangeiro ou nacional. Embora tal previsão seja mais abrangente, pode-se afirmar que o *U.K. Bribery Act* é ainda mais severo, haja vista que, além de criminalizar o oferecimento de suborno a agentes públicos internos e externos, tal qual a lei brasileira, considera também ilícito o recebimento de vantagem indevida. Além disso, as leis inglesa e brasileira não fazem qualquer exceção sobre a licitude do recebimento da vantagem indevida, ou seja, não há a possibilidade de licitude dessa conduta³⁸.

Outra característica a ser destacada é a possibilidade de redução das penas em razão de um programa de *compliance*. As três leis, cada uma ao seu modo, tratam do tema.

O FCPA determina expressamente tal possibilidade e, além disso, traz em seu corpo as medidas necessárias para que um programa de *compliance* seja considerado bom. Caso as sociedades cumpram o estabelecido pelo FCPA, as sanções podem ser amenizadas.

O *U.K. Bribery Act*, de maneira diversa, possibilita a extinção da punibilidade pela verificação de um programa eficaz de *compliance* dentro da entidade, o que ocorre mesmo se um empregado da sociedade tenha incorrido em uma prática ilícita de suborno. Todavia, a lei britânica não define o que é um programa de *compliance* adequado, nem traça diretrizes para a implementação de programas de integridade. Tais diretrizes são determinadas de tempos em tempos pelo Ministério da Justiça, o que dificulta a implementação desses programas.

³⁸ FERREIRA, Luciano Vaz. **A Construção do Regime Jurídico Internacional Antissuborno e seus Impactos no Brasil: Como o Brasil Pode Controlar o Suborno Praticado por Empresas Transnacionais**. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 de março de 2015.

A Lei nº 12.846/13 tem aspectos semelhantes com os do *U.K. Bribery Act* quando se refere ao *compliance*. A lei pátria, embora preveja a possibilidade de amenização da sanção pela verificação de programas de integridade, tal qual o FCPA, não determina quais são as medidas necessárias para a verificação da validade desses programas. Talvez por essa razão a questão tenha sido regulada no Decreto nº 8.420/15, que trouxe as diretrizes para aferição do que deve constar de um bom programa de *compliance*, ainda que de maneira aberta.

Dessa forma, pode-se verificar uma similaridade da legislação brasileira antissuborno tanto com a norte-americana como com a britânica, porque as leis brasileiras – é importante frisar que a referência é a um conjunto de normas – trazem elementos dos dois mundos, quais sejam: primeiro, a indefinição do programa de *compliance* e, depois, a regulamentação exaustiva das condutas a serem adotadas pelos agentes privados.

6. CONCLUSÃO

É certo que o legislador brasileiro evoluiu bastante ao prever e, em seguida, regulamentar o instituto do *compliance*, conferindo-lhe importância dentro do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com a edição da Lei nº 12.846/13 e do Decreto nº 8.420/15.

Ademais, ao estabelecer padrões semelhantes aos internacionalmente exigidos, o Brasil colabora para a adequação das suas sociedades aos melhores padrões de transparência e práticas de governança mercado globais, tendo como referência a legislação de países com alto grau de regulação e, conseqüentemente, fomentando o desenvolvimento de relações negociais mais éticas e competitivas. Todavia, as regras adotadas para a instauração e implantação de um programa de integridade são meras atenuantes da aplicação de sanções, razão pela qual outras medidas serão necessárias para que os gestores e controladores das pessoas jurídicas, independentemente do porte, entendam a necessidade e importância do *compliance* para o seu desenvolvimento e para qualificação do próprio mercado.

É curial salientar que o Brasil regulamentou o *compliance* consoante a teoria da dissuasão. Destarte, a obediência a padrões de integridade só se tornará realidade através da aplicação de sanções. À teoria normativista, de certo modo, restou a regulamentação do *compliance* para as micro e pequenas empresas, que terão tratamento diferenciado. Esse mesmo entendimento também prevaleceu na Inglaterra e nos Estados Unidos. Esses dois países também regulamentaram o *compliance* pela teoria da dissuasão, ou seja, pela aplicação de severas penalidades às pessoas jurídicas que não se adequem às normas de *compliance*. Não obstante o êxito das legislações alienígenas que adotaram o mesmo posicionamento,

ainda será necessário tempo para verificar se a lei brasileira terá eficácia similar a das leis estrangeiras, bem como para "mensurar" o grau de eficiência atingido pela implementação dos programas de integridade nos diferentes modelos empresariais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Portaria Conjunta nº 2.279, de 9 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União** nº 173, de 10 de setembro de 2015, p. 2 a 4.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COLARES OLIVEIRA, Marcelle, SILVA LINHARES, Juliana. A Implantação de Controle Interno Adequado às Exigências da Lei Sarbanes-Oxley em Empresas Brasileiras - um estudo de caso. **Revista Base (Administração e Contabilidade) da UNISINOS** [online] 2007, n. 4 (maio-agosto). Disponível em <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337228632007>>.

DINIZ, Laura. **21 respostas sobre Lei Anticorrupção e Lava Jato**. In: Revista Jota - Online. Publicado em 19 de março de 2015. Disponível em: <<http://jota.info/21-respostas-sobre-lei-anticorrupcao-e-operacao-lava-jato>>.

FERREIRA, Luciano Vaz. **A Construção do Regime Jurídico Internacional Antissuborno e seus Impactos no Brasil: Como o Brasil Pode Controlar o Suborno Praticado por Empresas Transnacionais**. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/109268/000950746.pdf?sequence=1>>.

Folder Felsberg sobre a Lei Anticorrupção. Disponível em: <<http://www.felsberg.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-Lei-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

KORKOR, Samer; RYZNAR, Margaret. Anti-Bribery Legislation in the United States and United Kingdom: A Comparative Analysis of Scope and Sentencing (August 4, 2011). **Missouri Law Review**, vol. 76, n. 2, pp. 415-453, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1903903>>.

LOPES, Hálisson Rodrigo. A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10776>.

MAGALHÃES, José Marcelo Rego. Aspectos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira. In: **Revista Controle**, XI, nº 2. Ceará: Tribunal de Contas do Ceará, 2013. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle>>.

volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013?Itemid=592>.

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

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Relatório sobre a aplicação da Convenção sobre o Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Recomendação Revisada de 1997 sobre o Combate ao Suborno em Transações Comerciais Internacionais.** Dezembro de 2007.

PINHEIRO, Caroline da Rosa; COELHO, Gustavo F. As leis brasileiras e a corrupção internacional. In: **Revista Valor Econômico** – Online, de 16/03/2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/3955216/leis-brasileiras-e-corrupcao-internacional>>.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. **Governança Corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a07.pdf>>.

SKAPINKER, Michael. Uma Legislação Superprotetora: Lei Sarbanes-Oxley exagera em detalhes ao tentar anular todas as chances de abusos. **Valor Econômico**, São Paulo, 2 dez. 2004. Opinião.

SILVA, Adriano Gomes da; JUNIOR, Antonio Robles. Os impactos na atividade de auditoria independente com a introdução da lei Sarbanes-Oxley. **Revista Contabilidade e Finanças** vol.19, n. 48. São Paulo, set./dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772008000300010&lang=pt>.

SILVEIRA, Luciana Dutra de Oliveira; CASTRO, Cristiana Roquete Luscher. **A nova lei anticorrupção no Brasil e os exemplos estrangeiros.** <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193224,91041-A+nova+lei+anticorruptao+no+Brasil+e+os+exemplos+estrangeiros>>.

USA. **Cláusulas Anti-Suborno e sobre Livros e Registros Contábeis da Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior.** Disponível em <<http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>>.

ZAELKE, Durwood.; KANIARU, Donald.; KRUŽÍKOVÁ, Eva. **Making law work: environmental compliance & sustainable development**, London: International Law Publishers, 2005. Vol. 1, Chapter 2 (Compliance Theories), p. 53-62.

