

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOSÉ MARCELO AZEVEDO MACHADO JUNIOR

**A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N° 12.846/13): INFLUÊNCIAS,
COMENTÁRIOS E ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Rio de Janeiro

2014

JOSÉ MARCELO AZEVEDO MACHADO JUNIOR

**A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/13): INFLUÊNCIAS,
COMENTÁRIOS E ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Thiago Bottino do Amaral
Professora Coorientadora: Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

À minha família, meus pais e irmão por estarem sempre presentes em todos os passos da minha caminhada, dando conselhos e todo suporte necessário, apoiando as minhas escolhas, vibrando com todas as minhas conquistas e, principalmente, me incentivando a estudar e dar o melhor de mim em tudo que faço.

A minha namorada, pelo companheirismo, paciência, incentivo, ajuda e compreensão. Obrigado por estar sempre ao meu lado, fazer de tudo por mim e perguntar constantemente o andamento da monografia.

Aos meus avós, Seu David e Dona Zezé, por terem cuidado de mim e me acolhido com todo amor e carinho, depois que meus pais se mudaram do Rio de Janeiro. Obrigado por tudo.

A Deus por mais essa etapa vencida, fruto de muito esforço e estudo.

Ao meu orientador, por todos os conselhos e ensinamentos. No fim da graduação, não sabia qual seria o tema da monografia, mas tinha certeza de qual professor escolheria para me orientar. Em um momento de dúvidas e incertezas na minha vida, você se mostrou mais que um mestre, um amigo.

Aos meus amigos de longa data, dos Colégios Militares, do Direito da UNIRIO, dos Jogos Jurídicos, dos times, da Associação Atlética Acadêmica Tiago Félix, da vida, a todos vocês o meu muito obrigado pela amizade, apoio, incentivo, conselhos, conversas, risadas, bares, jogos, festas e aprendizados. Não citarei o nome de ninguém especificamente para não cometer nenhuma gafe. Logo, se você é meu amigo de verdade, sabe que é importante e se sentirá agradecido neste parágrafo.

Ao Larry Page e Sergey Brin, criadores do Google, ao Jan Koum, criador do WhatsApp, e ao Steve Jobs, fundador da Apple, por terem facilitado as comunicações e o acesso a informação, suas ferramentas foram essenciais no decorrer da minha graduação.

RESUMO

A presente dissertação monográfica busca analisar a nova Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/13, a qual vem reforçar a legislação brasileira no combate à corrupção, além de adequá-la aos compromissos internacionais assumidos.

Buscar-se-á realizar um breve juízo acerca da corrupção e de sua história no Brasil. Além disso, será feita uma análise dos esforços globais anticorrupção e seus reflexos no direito brasileiro. Bem como, serão analisadas outras normas da legislação brasileira anticorrupção, as quais devem ser interpretadas de forma integrada, um texto legal complementando a interpretação do outro, a fim de se perceber o alcance e a dimensão dos institutos jurídicos postos à disposição da sociedade na luta contra as práticas corruptas.

Será detalhada, ainda, a aplicação e a interpretação do novo texto legal, fazendo uma análise crítica dos dispositivos legais. Além de elencar as inovações trazidas, como, por exemplo, a responsabilização objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao patrimônio público, a possibilidade de celebração de acordos de leniência, a instituição de programas de *compliance* e de controle interno, entre outras.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção; Lei da Empresa Limpa; corrupção; compromissos internacionais; inovações; responsabilização objetiva; pessoa jurídica; acordo de leniência; *compliance*.

ABSTRACT

This dissertation has as its main focus to analyze the new “Anti-Corruption Law”, Law n° 12.846/13, which reinforces the Brazilian legislation on the combat against corruption. Besides, it suits our legislation to international commitments.

Throughout the monograph I seek to briefly explain corruption and its history in Brazil. In addition to this, an analysis about the global effort to combat corruption and its effects on Brazilian Law will be made. Likewise, other standards of the Anti-Corruption Brazilian Legislation are analyzed, which must be interpreted in an integrated way, one legal fragment complementing the interpretation of the other, with the purpose of reaching the entire dimension of juridical institutions available to society on the fight against corrupt practices.

Moreover it will be detailed the process of application and interpretation of a new legal text, making a critical analysis of the legal devices. Furthermore it brings innovations explained, for example, the objective responsibility of the juridical person in relation to hurtful acts to public patrimony, the possibility of celebrating leniency agreements, the institution of compliance and internal control programs, among others.

Keywords: Anti-Corruption Law; Clean Company Law, corruption; international commitments; innovations; objective responsibility; juridical person; leniency agreements; compliance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 BREVE JUÍZO SOBRE A CORRUPÇÃO	13
1.1 Conceito	13
1.2 História da corrupção no Brasil	17
2 MOVIMENTO INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
2.1 <i>Foreign Corrupt Practice Act</i> (FCPA)	29
2.2 A Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais	32
2.3 Convenção Interamericana contra a Corrupção	37
2.4 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção	38
2.5 Demais iniciativas internacionais	41
2.5.1 Marcos Legais contra a Corrupção da União Europeia	41
2.5.2 Banco Mundial	42
3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO	44
3.1 Lei da Ação Popular	45
3.2 Lei da Ação Civil Pública	46
3.3 Lei de Improbidade Administrativa	47
3.4 Normas Penais Anticorrupção	50
3.4.1 Código Penal	51
3.4.2 Crimes da Lei de Licitações	52
3.4.3 Lei de Lavagem de Dinheiro	53
3.4.4 Nova Lei de Organizações Criminosas	54
3.5 Outros diplomas legais de combate à corrupção	56
4 ANÁLISE DA LEI N° 12.846/13	58
4.1 Responsabilidade Objetiva Administrativa e Civil	58
4.2 Sujeitos Ativos e Passivos	60
4.2.1 Sociedades Empresárias e Simples	61
4.2.2 Fundações	62
4.2.3 Partidos Políticos e suas Fundações	62
4.2.4 Associações, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações Não Governamentais (ONGs) ...	62

4.2.5	Sociedade de fato e Sociedades / Associações estrangeiras.....	63
4.3	Da pessoa jurídica beneficiada	64
4.4	Da independência das sanções em relação às pessoas físicas	64
4.5	Das alterações contratuais e do grupo econômico.....	65
4.6	Atos lesivos à administração pública.....	65
4.7	Sanções administrativas	69
4.7.1	Multa.....	70
4.7.2	Publicação extraordinária da decisão	70
4.7.3	Dosimetria.....	72
4.8	Programas de <i>compliance</i>	73
4.9	Processo administrativo	74
4.9.1	Competência.....	75
4.9.2	Delegação.....	76
4.9.3	A Controladoria-Geral da União e os órgãos de controle interno	76
4.9.4	Da condução do processo	78
4.10	Desconsideração da personalidade jurídica	79
4.11	Do conhecimento do Ministério Público	80
4.12	O Acordo de Leniência.....	80
4.12.1	Requisitos para a celebração do acordo	81
4.12.2	Quem pode celebrar o acordo de leniência.....	82
4.12.3	As consequências do acordo de leniência	82
4.12.4	Efeitos do acordo de leniência para o grupo econômico	83
4.12.5	Descumprimento e reiteração do acordo de leniência.....	83
4.13	Responsabilização Judicial	84
4.13.1	Legitimação ativa.....	84
4.13.2	Sanções	85
4.13.3	Rito processual.....	86
4.14	Dos cadastros de empresas e sua representação	87
4.15	Da destinação dos valores arrecadados	88
4.16	Prescrição	88
4.17	Representação das pessoas jurídicas	88
4.18	Responsabilidade das autoridades	89
4.19	Fato ocorrido no exterior	89

4.20	Independência das sanções e competências	89
CONCLUSÃO.....		91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		97

INTRODUÇÃO

A economia mundial na sociedade contemporânea está cada vez mais conectada em virtude da globalização. Os países do globo estão integrados, tendo em vista as inovações tecnológicas e os avanços da comunicação, comércio e transporte. Dessa maneira, as políticas públicas adotadas por um país podem influenciar diretamente sobre as de outro. Logo, a comunidade internacional não pode ignorar as práticas corruptas, principalmente aquelas protagonizadas por pessoas jurídicas e as quais têm repercussão em mais de um Estado, pois tolerar tais atos estimularia essas condutas criminosas.

Nesse contexto, fez-se necessário, a adoção de novas formas repressivas. No Brasil, foi editada a Lei nº 12.846/13, também conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, com a finalidade de reforçar a legislação brasileira no luta contra as práticas corruptas. Tal diploma demonstra nosso alinhamento com a política mundial de combate à corrupção e adequação aos compromissos internacionais assumidos, dentre eles, à Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Organização das Nações Unidas (ONU), e à Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A maior inovação do novo estatuto é a responsabilização objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. A lei não só impõe severas sanções as pessoas jurídicas que adotem práticas corruptas no estrangeiro, mas também traz importantes avanços no plano interno no o combate à corrupção. Essa mudança em nosso ordenamento, possibilitando o sancionamento administrativo das pessoas jurídicas em nosso território, pode vir a representar um avanço significativo na luta contra as práticas corruptas.

O bem jurídico tutelado pela Lei Anticorrupção é a proteção do patrimônio público, seja nacional ou estrangeiro, bem como a de bens imateriais, como, por exemplo, a legalidade, a moralidade administrativa, a eficiência. Além disso, assevera-se que a responsabilização da pessoa jurídica não excluirá a

responsabilidade individual de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato lesivo à administração pública.

Ressalta-se, que a aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de sanções oriundas de outras leis como, por exemplo, as Leis nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e nº 8.666/93 (Lei de Licitações). Entretanto, existem algumas diferenças, como na identificação e punição do infrator. Enquanto, a lei de improbidade pune apenas o agente público, servidor ou não, que pratica atos contra a Administração Pública, onde estejam presentes dolo ou culpa, ou seja, onde se caracteriza a responsabilidade subjetiva. Já a Lei Anticorrupção, por sua vez, impõe penalidades para pessoas jurídicas, que são responsabilizadas objetivamente no âmbito administrativo e civil, independente de comprovação culpa ou dolo.

Desse modo, seja para evitar que a pessoa jurídica, por intermédio de seus empregados ou terceiros venha a praticar atos ilegítimos, como os previstos na nova lei, seja para atenuar as consequências na eventualidade da ocorrência de tais atos, o *compliance* é posto pela norma como a ferramenta eficaz nas duas hipóteses, pois propicia fazer cumprir as leis, regulamentos, políticas e diretrizes definidas previamente para o negócio e para as atividades da pessoa jurídica, e também para prevenir, detectar e tratar desvios ou inconformidades que possam ocorrer.

Outra inovação trazida pela Lei da Empresa Limpa é a possibilidade de celebração de acordo de leniência com uma das pessoas jurídicas responsáveis pelos danos, se houver efetiva colaboração com as investigações e com o processo administrativo. A celebração deste acordo poderá isentar a pessoa jurídica da aplicação de penas ou reduzi-las, em troca desse auxílio.

A principal razão para escolha do tema desta monografia é a atualidade atemporal que o tema corrupção tem em todos os governos, sendo notícia corriqueira na mídia. Por isso, a importância da nova lei anticorrupção, pois trouxe uma quebra de paradigma com a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, no âmbito administrativo e civil. Antes da edição desta norma, as empresas com envolvimento comprovado em práticas de corrupção ficavam isentas de punição

caso demonstrassem que o ilícito fora praticado sem a sua ciência, por ato de um de seus funcionários ou de servidor público.

Ainda como motivador para criação desta lei, alguns juristas asseveram que os protestos de rua de junho de 2013, os quais ocorreram principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo, teriam impellido o governo brasileiro de responder com alguma iniciativa concreta, por isso a aprovação da Lei nº 12.846/2013 em agosto. É historicamente comprovado que as motivações políticas aceleram o processo legislativo, por exemplo: à época da aprovação do FCPA, os EUA saíam do escândalo Watergate; em 1992, logo após o processo de impeachment do presidente da República, o Congresso brasileiro aprovava a Lei de Improbidade Administrativa.

Na presente monografia buscar-se-á, inicialmente, no capítulo 1, realizar um breve juízo acerca da corrupção, fazendo um estudo do que vem a ser corrupção e da história da corrupção no Brasil. É complicado estabelecermos uma conceituação universal ou um conceito jurídico abrangente, uma vez que as condutas corruptas são extremamente complexas e envolvem agentes públicos, privados e pessoas jurídicas. E através da análise histórica, procura-se identificar a ocorrência das práticas corruptas no passado do nosso país e entender o que as fomentou, para que se possa vislumbrar a elaboração de controles e leis eficazes para coibi-las no presente e no futuro.

No capítulo 2, será feita uma análise dos movimentos internacionais de combate à corrupção e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Será abordada a influência do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) nessa temática, além das convenções da OCDE, da ONU e da OEA. Outras iniciativas estrangeiras, como os marcos legais contra a corrupção da União Europeia e do Banco Mundial, também, serão citadas.

Já no capítulo 3, falar-se-á da legislação brasileira anticorrupção, a qual possui várias leis, abrangendo normas penais, administrativas, civis e políticas, que objetivam lutar contra as práticas corruptas. Será realizado um estudo especial da Lei de Ação Popular, Lei de Ação Civil Pública, Lei Improbidade Administrativa, além das normas penais anticorrupção, como o Código Penal, os crimes da Lei de

Licitações, a Lei de Lavagem de Dinheiro e a nova Lei de Organizações Criminosas. Demonstrando-se que as leis devem ser aplicadas de modo complementar.

Pretende-se realizar uma análise crítica da nova lei anticorrupção, no capítulo 4, na qual serão feitos comentários sobre o disposto nos artigos e parágrafos do diploma legal. Evidenciando as inovações e os eventuais problemas que o novo texto pode vir a gerar.

Nesta dissertação monográfica, portanto, buscar-se-á uma contextualização sobre a origem da nova lei anticorrupção, bem como sua alocação no contexto sócio jurídico brasileiro e as influências internacionais. Trazendo à colação noções gerais e críticas do novo estatuto, além da análise da legislação brasileira sobre o tema.

1 BREVE JUÍZO SOBRE A CORRUPÇÃO

1.1 Conceito

A corrupção é um fenômeno que se fez presente em toda a história da humanidade. Contudo, é complicado estabelecermos uma conceituação universal, uma vez que o termo assume diferentes conotações nas diversas partes do mundo.

Podemos dizer que existem várias interpretações acerca de seu significado envolvendo aspectos sociológicos, culturais, regionais e até certa tipologia de condutas. Entre elas, destaco a corrupção no seu aspecto moral, que tende a ver a corrupção como um rompimento das virtudes do indivíduo em si mesmo; e a corrupção política que seria fruto das regras próprias do mundo político sem maiores relações com a moral individual.

Em países onde a corrupção é visualizada cotidianamente, como no Brasil, existem muitas palavras para caracterizá-la, tais como: propina, esquema, jeitinho, negociata, maracutaia, faz me rir, mamata, por fora, rolo, peita, falcatura, cervejinha, molhar a mão, taxa de urgência, etc.

Etimologicamente, a palavra corrupção “deriva do verbo latino *rumpere*, que significa romper, quebrar. É o que se rompe na sua organização; estava associado e se solta. Seria o rompimento de uma regra, uma lei, um código moral ou social”¹, com a intenção de favorecimento, que pode ser pessoal ou para terceiros.

Entretanto, a depender do contexto, o vocábulo nem sempre assume uma conotação negativa. Podendo ser utilizada para indicar adulteração das características originais de algo (Ex.: Finalmente comprovou-se a corrupção do texto original). Conquanto, na linguagem política contemporânea, sempre assume uma conotação negativa, o que, visto numa perspectiva histórica, não foi sempre assim.

Em todas as sociedades humanas existem pessoas que agem segundo as leis e normas reconhecidas como legais do ponto de vista constitucional. No entanto, também existem pessoas que não reconhecem e desrespeitam essas leis e normas

¹ ANDRADE, Thiago Xavier de. *As possíveis causas da corrupção brasileira*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13754>. Acesso em: 30/09/2014.

para obter benefício pessoal. Essas pessoas são conhecidas como corruptas, criminosas. Termos extremamente negativos que atualmente são usados para designar formas de corrupção, como a peita, o nepotismo e o peculato, não tinham essa conotação até a poucas décadas atrás.

Os esquemas de corrupção também são relacionados à “Lei de Gerson”, a qual afirma que todos, de alguma forma, devem levar vantagem em tudo, visando exclusivamente o benefício próprio. Esse tipo de comportamento se adapta perfeitamente ao “espírito capitalista”; Adam Smith caracterizava-o como a melhor forma de contribuir com o progresso social, sendo este esperado dos seres humanos numa sociedade centrada nos valores da economia de mercado.

Neste modo de produção, a corrupção encontrou condições ideais para sua continuidade. Através da dominação forçada do capital sobre o trabalho, os capitalistas se apropriavam da mais valia gerada pelo trabalho de outros indivíduos, uma das formas mais básicas de corrupção passou a ser reconhecida legalmente na sociedade capitalista.

A forma moderna da corrupção precisa ser compreendida neste contexto de injustiça no acesso aos meios de produção, a qual dá origem à desigualdade social; e, está totalmente contrária aos ideais de democratização, justiça social e solidariedade entre os seres humanos. Isso justifica o fato de a corrupção ser proporcionalmente maior em sociedades com maior injustiça social, onde o contraste entre ricos e pobres é maior.

É bastante difícil encontrar uma definição ou um conceito jurídico abrangente, uma vez que as condutas corruptas são extremamente complexas e envolvem agentes públicos, privados e pessoas jurídicas.

Segundo Marcos Otávio Bezerra², existem três tipos de definição mais utilizados: a baseada no ofício público, a definição baseada no mercado e a baseada na ideia do bem público.

² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*. – 4ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

Para a definição baseada no ofício público, existe corrupção quando há desvio, por parte dos funcionários públicos, dos seus deveres formais com o intento de obter benefícios para si ou para outrem; a centrada no mercado considera corrupção o ato do funcionário público que tenha como objetivo a maximização de sua renda pessoal; e, por fim, a baseada na ideia de bem público visualiza a corrupção como sendo a violação do interesse público em função da preocupação com ganhos particulares.

O conceito internacional de corrupção tende a ser mais elástico e poderia ser entendido como um gênero de comportamento humano que contempla vários tipos de conduta. A Organizações das Nações Unidas define como sendo “o abuso da função pública para ganho pessoal direto ou indireto”³.

Emerson Garcia assevera que “desvio de poder e enriquecimento ilícitos são como elementos característicos da corrupção”⁴; contudo, não há apenas o caráter econômico. No âmbito político, quando há a utilização de função pública, a exploração de prestígio e a conduta desviada a fim de obter vantagem política, mesmo não almejando vantagem econômica, caracteriza-se, também, a corrupção. Infere-se, assim, que a vantagem ilícita figura como elemento constitutivo, mas não sendo necessariamente o enriquecimento ilícito.

A corrupção pressupõe o oferecimento ou promessa de vantagem, direta ou indireta ao funcionário público, com o objetivo de que se realize ação ou omissão de um ato, em favor daquele que ofereceu um benefício. Não obstante pode-se constatar que, com a ampliação da interação social, seja política ou financeira, o supracitado conceito se flexibilizou. Em primeiro lugar a corrupção pública passa a tornar gênero, composta por diversas espécies como a corrupção política e a corrupção em transações internacionais.⁵

No crime de corrupção política, os criminosos utilizam posições de poder estabelecidas no jogo político normal da sociedade para realizar atos ilegais contra a população como um todo. O ato de um político se beneficiar de fundos públicos de maneira diversa da prescrita em lei é um exemplo.

³ Disponível em: <http://www.un.org>. Acesso em: 30/09/2014.

⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Op. Cit.*, p. 5.

⁵ COSTA, Sylvia Chaves Lima. *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileira*. Ed. Universidad de Salamanca, 2013. p.94.

Um exemplo clássico é utilização por um político de seu conhecimento e de seu poder de tomada de decisão sobre fundos públicos para a realização de um investimento particular (ou de seus companheiros políticos, amigos ou familiares) comprando terras baratas, as quais serão valorizadas em função das obras que serão realizadas pelo governo com dinheiro público.

A partir de tal delito ocorrem outros crimes subsidiários como, por exemplo, os crimes de suborno e de nepotismo (colocação de parentes e amigos em cargos importantes na administração pública).

Todos os tipos de governos são afetados por crimes de corrupção, desde uma simples obtenção de favores como acesso privilegiado a bens ou serviços públicos, até o pagamento superfaturado de obras e serviços públicos para empresas privadas em troca do retorno de um percentual do pagamento para o governante ou para o funcionário público que determina o pagamento.

O ato considerado como crime de corrupção varia em função das leis existentes e, portanto, depende do país em análise. Por exemplo, obter ajuda financeira de empresários para campanha política é um ato criminoso nos países em que todos os valores gastos nas eleições devem necessariamente vir de fundos públicos. Ao contrário, em outros países, este ato de doação financeira pode ser considerado totalmente legal.

A corrupção provoca distorções econômicas no setor público direcionando o investimento de áreas básicas como a educação, saúde e segurança para projetos em áreas em que as propinas e comissões são maiores, como a criação de estradas e usinas hidroelétricas.

Além disso, a necessidade de esconder as maracutaias leva os agentes privados e públicos a aumentar a complexidade técnica desses projetos e, com isso, seu custo. Isto distorce ainda mais os investimentos; e conseqüentemente a qualidade dos serviços governamentais e de infraestrutura diminui.

Em contrapartida, a corrupção aumenta as pressões sobre o orçamento do governo. Esta pressão se reflete sobre a sociedade com o aumento dos níveis de cobrança de impostos, taxas e tributos.

A corrupção, portanto, se configura como um desvio de poder, em que uma pessoa natural ou jurídica age com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza, diante de uma interação direta ou indireta com qualquer ente do Poder Público.

A estratégia das elites brasileiras corruptas é apresentar a corrupção como um problema endógeno da cultura brasileira, sendo algo natural e óbvio. Entretanto, não se poder ter uma visão fatalista de que a corrupção sempre esteve presente em nossa sociedade, que esta faria parte da própria constituição e identidade do brasileiro, não havendo nada a se fazer para coibi-la.

Tal explicação, além de incorporar uma boa dose de preconceito, essencializa a história e simplifica ao atribuir uma sobrecarga explicativa a cultura, em detrimento de suas articulações variadas com outras dimensões da vida social. [...] a explicação tautológica de que o Brasil é corrupto em função de sua identidade quase prescinde de refletir teoricamente e estudar empiricamente o fenômeno da corrupção. Não deixa de ser, apesar da crítica aparente, uma forma de se conformar a sua realidade.⁶

Neste diapasão, não se pode simplesmente ignorar a perspectiva histórica, mas como afirma Boris Fausto, deve-se “ir além delas, pois as instituições, as percepções culturais, a própria definição do que constitui corrupção se movem ao longo do tempo”⁷. Através da análise histórica, será possível identificar a ocorrência dos atos de corrupção no passado do nosso país e entender o que fomentou essas práticas corruptas; e, assim, compreendê-las para projetar alterações no presente e futuro.

1.2 História da corrupção no Brasil

A corrupção no país, apesar do crescente espaço que tem ganhado na mídia, não é fenômeno recente e certamente nos vem acompanhando desde tempos

⁶ AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org.). *Corrupção, ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 14

⁷ FAUSTO, Boris. *A corrupção na perspectiva histórica*. O estado de São Paulo, São Paulo, 19/07/2009. Disponível em: <<http://arquivoetc.blogspot.com.br/2009/07/corruptao-na-perspectiva-historica.html>>. Acesso em: 02/10/2014.

distantes. Segundo historiadores, é um vício herdado do mundo ibérico, resultado de uma relação patrimonialista entre estado e sociedade.

O pedido que Pero Vaz de Caminha faz no último parágrafo da Carta a El-Rei D. Manuel é muitas vezes tido como a primeira tentativa de nepotismo em território brasileiro, o qual já teria desembarcado a bordo da primeira caravela. O que se verifica é que, na verdade, Caminha apelou a D. Manuel para que libertasse do cárcere o seu genro, casado com sua filha Isabel, preso por assalto e agressão.

A coroa portuguesa teve de oferecer incentivos e relaxou na vigilância de seus prepostos para ocupar e administrar o novo território, visto que era uma tarefa bastante complicada à época pela distância geográfica e precariedade das comunicações.

No período da colonização portuguesa, século XVI, têm-se os primeiros registros de práticas de ilegalidade no Brasil. O caso mais frequente era de funcionários públicos, encarregados de fiscalizar o contrabando e outras transgressões contra a coroa portuguesa e ao invés de cumprirem suas funções, acabavam praticando o comércio ilegal de produtos brasileiros como pau-brasil, ouro diamante, especiarias e tabaco.

É necessário ressaltar que tais produtos somente poderiam ser comercializados com autorização especial do rei, no entanto acabavam nas mãos dos contrabandistas.

No Brasil-colônia, a maior parte das funções públicas era ocupada por portugueses natos. Os altos cargos públicos só eram, em geral, concedidos aos nobres; e muitos destes exigiam formação universitária, a qual só era encontrada em Coimbra. O período de permanência em terras tupiniquins representava apenas uma possibilidade de ascensão posterior na carreira, fazendo com o agente público viesse para cá com o único intuito de ficar aqui o menor tempo possível e obter o máximo de riquezas que conseguisse nesse meio tempo.

Tal fato vem sendo apontado pelos historiadores como uma das razões da difundida corrupção entre o funcionalismo público.

No seu conjunto, o funcionalismo luso-brasileiro estava afundado em grande corrupção: descuidando-se dos deveres e da honra do seu cargo, só cogitava de enriquecer. E este alvo alcançava-se com tanto maior deslocamento, quantos cargos eram ocupados na maioria (porque não podia ser adquirida no Brasil a cultura jurídica exigida para o serviço do Estado) por portugueses natos; estes, entretanto, não ligados à colônia nem à sua população por laço algum, nada tinham para tomar em consideração; só tratavam de fazer fortuna, a fim de regressar a terra mais depressa possível. Rapacidade e corruptibilidade eram no Brasil, por consequência, o vício geral do funcionalismo.⁸

Portugal fingia que não sabia do contrabando e das propinas cobradas, pois estava mais interessada em manter os rendimentos significativos da camada aristocrática do que alimentar um sistema de empreendimentos produtivos através do controle dessas práticas.

De 1580 até 1850, houve uma extensa utilização da mão-de-obra escrava na agricultura brasileira, especialmente na produção do açúcar. Mesmo com a proibição do tráfico, o governo brasileiro mantinha-se tolerante e conivente com aqueles que burlavam a lei. Políticos, como o Marquês de Olinda e Paulino José de Souza, estimulavam tal prática ao comprarem escravos recém-chegados da África para trabalharem em suas propriedades.

Até a abolição da escravatura em 1888, pouco foi feito para coibir o tráfico mesmo com as denúncias de autoridades internacionais ao governo brasileiro. A Inglaterra era uma grande interessada em acabar com tal, vide a concorrência brasileira às suas colônias açucareiras nas Antilhas.

O governo brasileiro ausentava-se de um controle eficaz dado os lucros, o suborno e a propina que o tráfico negreiro gerava a todos os participantes. A implementação de uma fiscalização mais rigorosa se deu gradualmente com o compromisso de reconhecimento da independência do Brasil.

Em 7 de setembro de 1822, ocorre a proclamação da independência do Brasil de Portugal; e com esta surgem novas formas de corrupção, como a eleitoral e a de concessão de obras públicas, a qual se verifica na obtenção de contratos junto ao governo para execução de obras públicas ou de concessões.

⁸ HANDELMANN, Heinrich. *História do Brasil*. Trad. Lúcia Furquim Lahmeyer. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo, 1982. p. 173-4.

Um empresário brasileiro, por exemplo, recebeu a concessão para a iluminação a gás da cidade do Rio de Janeiro, e a transferiu para uma companhia inglesa em troca de 120 mil libras. Situação semelhante a quando o governo conferiu uma licença para a exploração de cabo submarino ao próprio Visconde de Mauá, que, também, a vendeu para uma companhia inglesa da qual se tornou diretor.

Na história brasileira, a corrupção eleitoral representa um capítulo singular. A participação na política representa uma forma de: enriquecimento rápido e fácil; influência; e sujeição aos grupos econômicos dominantes no país. E na grande maioria das vezes os compromissos feitos durante as campanhas não são concretizados.

No Brasil Império, 1822-1889, o alistamento eleitoral era realizado de modo que só poderia votar quem atendesse alguns critérios específicos e possuísse uma renda mínima. Uma comissão examinava e elaborava uma lista daqueles que eram aceitos como eleitores; ela, ainda, era responsável por julgar os casos suspeitos. Enfim, havia uma liberalidade para se considerar eleitor quem fosse de interesse da própria comissão. Dessa maneira ocorria o processo eleitoral, sendo que os agentes eleitorais apenas conferiam se o nome dos cidadãos constava na dita lista.

Em 15 de novembro de 1889, é proclamada a República e o voto de cabresto foi a marca registrada no período. Além disso, o fim do tráfico de escravos fez com que os grupos oligárquicos mudassem seus interesses para projetos de grande porte que permitissem manter a estrutura de ganho fácil.

Os “coronéis”, proprietários de latifúndios, impunham coercitivamente o voto desejado aos seus empregados, agregados e dependentes. Outra forma utilizada era a compra de votos. Cabe salientar que não havia número de empregos suficientes para atender a oferta de trabalhadores, logo a sobrevivência econômica do empregado dependia da sujeição às vontades do coronel.

Uma característica desse período foi o “sistema de degolas”, como no caso Campos Sales (presidente do Brasil de 1898 a 1902). Este era orquestrado por governadores que manipulavam as eleições para deputado federal, a fim de garantir

o apoio ao presidente. Os eleitos contra a vontade do governo eram simplesmente excluídos das listas ou “degolados” pelas comissões responsáveis pelo reconhecimento das atas de apuração eleitoral. Esse procedimento governamental foi comum até 1930.

Na primeira república (1889-1930), a elite política da época raramente foi acusada de práticas corruptas. Todavia, todos os políticos foram coniventes com a fraude eleitoral.

Durante a disputa eleitoral à presidência em 1929 entre os candidatos Júlio Prestes, representante das oligarquias cafeicultoras paulistas, e Getúlio Vargas, apoiado pelos grupos insatisfeitos com o domínio das oligarquias tradicionais. O primeiro venceu nas urnas. Contudo, com a crise da Bolsa de Nova York, que levou à falência vários fazendeiros, houve uma reviravolta inusitada na eleição. Por meio de acusações de fraude eleitoral e da mobilização popular (Revolução de 1930), Vargas tomou posse como presidente do país em 1930. Esse episódio de nossa história sem sobra de dúvida demonstrou uma clara afronta aos princípios democráticos de nossa nação.

Após a Revolução de 1930 e a chegada ao poder de Getúlio Vargas, a corrupção começou a ganhar força e novas formas, para isso concorrendo as possibilidades abertas pelo processo de industrialização. Mas o maior salto e a nítida transformação do problema se deram a partir da construção de Brasília. De um lado, pelos arranjos, nada transparentes, entre o governo e as grandes construtoras, cujo crescimento vem dessa época. De outro, o isolamento dos Poderes da República no Planalto Central facilitou a emergência de um mundo de fantasia e a formação de um clube misto de oligarcas e de arrivistas, distintos dos homens comuns, guardadas as exceções de sempre. Depois, os tempos recentes da financeirização da vida econômica introduziram um quadro facilitador de toda sorte de manobras especulativas, algumas delas ilegais, às vezes com o beneplácito de agentes público.⁹

Em 1950, durante as campanhas eleitorais um caso de corrupção tornou-se famoso: a “caixinha do Adhemar”. Adhemar de Barros era um político paulista, conhecido por realizar várias obras, e seu lema era “Rouba, mas faz!”. A caixinha era uma forma de arrecadar de dinheiro e de troca de favores; participavam dela

⁹ FAUSTO, Boris. *A corrupção na perspectiva histórica*. O estado de São Paulo, São Paulo, 19/07/2009. Disponível em: <<http://arquivoetc.blogspot.com.br/2009/07/corruptcao-na-perspectiva-historica.html>>. Acesso em: 02/10/2014.

desde empresários, fornecedores, e empreiteiros, até bicheiros. Através dela, o paulista aumentou seu patrimônio pessoal e arrumou uma nova maneira de angariar recursos para as suas campanhas políticas.

No governo de Juscelino Kubitschek com o Plano de Metas, a corrupção instaurou-se nas obras de construção civil eivadas de diversos vícios. A falta de transparência destas abriu espaço para superfaturamento das mesmas, propiciando lucros exagerados às empreiteiras e a alguns agentes públicos.

Com o golpe em 1964, iniciou-se o período militar, ao longo deste a falta de transparência nas ações do governo e a censura criaram um ambiente de aparente ausência de corrupção. Não obstante, a alta intervenção estatal e a quantidade de obras públicas do período eram terreno fértil para a prática.

Mesmo com o poder exercido pelo governo sobre os veículos de mídia, alguns casos chegaram a vir à tona, como: o da Rodovia Transamazônica, dos empréstimos concedidos à Lutfalla, envolvendo o então governador de São Paulo, Paulo Maluf; e da Proconsult, durante a apuração das eleições de 1982. Os casos Capemi e Coroa-Brastel trouxeram uma amostra do que ocultamente ocorria nas empresas estatais.

Capemi (Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios) era um grupo privado fundado e dirigido por militares, responsável pela previdência privada. Não possuía fins lucrativos e tinha como objetivo gerar recursos para manutenção do Programa de Ação Social, que abrangia a previdência e a assistência entre os participantes de seus planos de benefícios e a filantropia no amparo à infância e à velhice desvalida.

Entretanto, este grupo resolveu diversificar suas operações com o intuito de ampliar seu suporte financeiro, através da participação na concorrência para o desmatamento da área submersa da usina hidroelétrica de Tucuruí (empresa estatal). A licitação foi vencida pela Capemi em 1980 e foi acordado que a retirada e comercialização da madeira deveria ocorrer ao longo de 3 anos.

O contrato não foi cumprido e o dinheiro dos pensionistas fora desviado para a “caixinha” do ministro-chefe do Sistema Nacional de Informações (SNI), órgão responsável pela segurança nacional, general Otávio Medeiros que queria se

candidatar para presidente. Com isso, esse grupo faliu e causou prejuízo aos pensionistas, que eram descontados em folha mensalmente para a sua futura aposentadoria.

Evidenciou-se, assim, um comprometimento do alto escalão do governo militar e uma parceria entre os grupos privados interessados em desfrutar da administração pública, o tráfico de influência, e a ausência de ordenamento jurídico.

Coroa-Brastel, era um dos maiores conglomerados privados do país, com atuações na área financeira e comercial, foi um caso de corrupção notável em 1980. Seu proprietário, Assis Paim, foi induzido pelos ministros da economia, da fazenda e pelo presidente do Banco Central a conceder à corretora de valores Laureano um empréstimo de 180 milhões de cruzeiros.

Cabe frisar que o proprietário desta corretora era amigo pessoal do filho do chefe do SNI. Com o fim de agradar o governo Paim concedeu o empréstimo, porém após um ano o pagamento não havia sido realizado e a dívida já se acumulava em 300 milhões de cruzeiros. Dado o envolvimento de ministros e do presidente do Banco Central, a solução encontrada foi a compra da corretora de valores Laureano pela Coroa-Brastel, com o apoio do governo. Mesmo com a ajuda de um banco estatal, a corretora não conseguiu saldar suas dívidas.

Graças à campanha pelas Diretas-Já em 1984, a qual mobilizou os cidadãos em diversas capitais brasileiras pelo direito ao voto para presidente, houve a redemocratização com o fim do governo militar e retorno dos civis à presidência em 1985.

Com a volta do regime democrático e da liberdade de expressão, vários casos de corrupção começam a ser divulgados, chegando a gerar uma Comissão Parlamentar de Inquérito no ano de 1988 (CPI da Corrupção), na qual o então presidente José Sarney era acusado de comandar um vasto esquema de desvio de verbas públicas.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 traz um marco moralizador do serviço público em nível federal. O texto constitucional trouxe um controle mais rigoroso do orçamento; limitou a investidura em cargo público à aprovação em

concurso público, dando à meritocracia o devido valor. Além disso, a nova carta magna definiu como princípios da administração pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Neste novo ciclo político, um marco divisor nos escândalos de corrupção foi o impeachment do presidente Fernando Collor. Durante a campanha a presidência de Collor em 1989 foi elaborado um esquema para captação de recursos. Posteriormente, constatou-se que os gastos foram financiados pelos usineiros de Alagoas em troca de decretos governamentais que os beneficiariam.

A captação de dinheiro se dava por meio de chantagens e compromissos que lotearam previamente a administração federal e seus recursos. Esse esquema ficou conhecido como “Esquema PC”, sigla baseada no nome do tesoureiro da campanha, Paulo César Farias, e resultou no impeachment do presidente eleito.

Posteriormente, durante o governo de Itamar Franco, é posta em prática uma das leis mais importantes para o combate à corrupção no Brasil: a Lei n. 8.666, de 1992, a qual institui normas para as licitações e os contratos firmados pela administração pública.

Nos dois governos do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), o país assumiu uma posição mais clara de diminuição de sua atuação direta na economia, levando à iniciativa privada uma série de empresas estatais. Tendendo, assim, a ajustar os gastos do governo e diminuir as possibilidades de prática de corrupção ao diminuir a burocracia.

Em 2000, a aprovação da Lei Complementar n. 101/Lei de Responsabilidade Fiscal representou um grande avanço, pois os gestores do Executivo passaram a ter de limitar seus gastos à sua capacidade de arrecadação.

Nem por isso, os esquemas dos corruptos deixaram de aparecer no período, como o do Banestado, o do superfaturamento das obras do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo e o do Banco Marka, que envolvia o banqueiro Salvatore Cacciola.

No fim do governo FHC, foi criada a Corregedoria-Geral da União, órgão incumbido de assistir o presidente da República nos seguintes assuntos: defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, atividades de ouvidoria e incremento da transparência. Em 2003, o nome do órgão foi alterado para Controladoria-Geral da União (CGU).

Algumas medidas importantes foram tomadas no combate à corrupção durante o governo posterior, de Luiz Inácio Lula da Silva. Dentre elas, destaco: a elevação da CGU ao status de ministério, a maior autonomia dada à Polícia Federal (PF) e a aprovação da Lei Complementar n. 135, ou Lei da Ficha Limpa, que impede que candidatos com condenação na Justiça possam concorrer a cargos eletivos. Cabe ressaltar que esta lei surgiu através da iniciativa popular do país.

Apesar dos avanços, o período do governo recente não foi, como sabemos, isento de grandes casos de corrupção: a CPI dos Correios, na qual se investigou um esquema de fraude em licitações; o esquema do Mensalão, que levou o ministro chefe da Casa Civil, José Dirceu, a ter seu mandato cassado e ir preso; e a CPI das Ambulâncias, surgida em detrimento da Operação Sanguessuga, da PF, que investigou um esquema de fraude em licitações na compra de ambulâncias; tais nos dão uma amostra restrita do que ocorreu no período.

A partir desse breve histórico da corrupção no Brasil, portanto, pode-se inferir que as práticas ilícitas reaparecem como em um ciclo, dando até a impressão de ser um problema cultural. Conquanto, tal afirmação não é verossímil, pois essa mazela se explica devido ao não cumprimento das leis, falta de controle, falta de prestação de contas e de punições severas.

Não se podem negar os avanços institucionais e as medidas repressivas, cito entre outras: os esforços no sentido de apurar a responsabilidade das redes de corrupção; a lavagem de dinheiro tornou-se bem mais complicada; e a corrupção eleitoral tornou-se praticamente coisa do passado.

Mas os avanços ocorrem em ritmo lento, enquanto a atividade corruptora segue em alta velocidade. Denúncias e processos se multiplicam, enquanto as punições são raras ou tardias. Sem entrar em propostas específicas no sentido de enfrentar esse quadro, lembro alguns objetivos amplos. Em primeiro lugar, o fortalecimento

das instituições públicas, tornando-as cada vez mais estáveis e não tão dependentes deste ou daquele governo. Na outra ponta, a noção de responsabilidade social dos dirigentes das grandes empresas, que pouco a pouco se vai firmando.¹⁰

O brasileiro está acostumado a tolerar pequenas violações, como por exemplo: o motorista que paga ao guarda municipal para não ser multado; a taxa de urgência paga a funcionários públicos para conseguir agilidade na tramitação dos processos dentro de órgão público; o motorista que paga o policial militar para não revistar seu automóvel e nem pedir seus documentos.

Tais práticas não podem e não devem mais ser toleradas. Não podemos ser complacentes com a corrupção, devemos mudar essa nossa cultura transgressora. A lei e suas punições devem ser aplicadas para todos os cidadãos e não apenas a alguns, deve-se valorizar a isonomia prevista em nossa carta magna.

¹⁰ FAUSTO, Boris. *A corrupção na perspectiva histórica*. O estado de São Paulo, São Paulo, 19/07/2009. Disponível em: <<http://arquivoetc.blogspot.com.br/2009/07/corruptao-na-perspectiva-historica.html>>. Acesso em: 02/10/2014.

2 MOVIMENTO INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E SEUS REFLEXOS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O advento da globalização e da interdependência econômica, à rapidez e às facilidades de comunicação, comércio e transporte integraram os países do globo de um modo impensável de se imaginar a alguns anos atrás. Com isso, os diferentes Estados começaram a observar os problemas dos outros, tanto quanto os seus próprios. Constatou-se que certas políticas públicas adotadas por um Estado podem influenciar diretamente sobre as de outro. De modo que não é mais possível à comunidade internacional ignorar a tolerância de alguns países com práticas corruptas ocorridas fora de seu território. Uma vez que esta tolerância estimula condutas criminosas e cria os chamados paraísos fiscais, os quais proporcionam a lavagem de dinheiro e um porto seguro para os recursos oriundos de atividades criminosas e da corrupção.

A preocupação contemporânea de um país com as atitudes dos outros tem no que aconteceu com as Ilhas Seychelles, em 1995, seu melhor exemplo. No referido ano, o governo desse paraíso fiscal promulgou o *Economic Development Act*, o qual previa a qualquer indivíduo que investisse mais de dez milhões de dólares naquele país a imunidade penal. Com esta lei, foi criado não só uma maneira de incentivar o investimento no país, mas também se facilitou a ocultação da origem do dinheiro investido graças à garantia contra extradição e à imunidade relativa à origem desses recursos.

“A ocultação da origem do dinheiro é o passo mais importante na lavagem de dinheiro e frequentemente envolve transferências para paraísos fiscais, a fim de impossibilitar o rastreamento dos investimentos.”¹¹ Assim, o dinheiro de origem ilícita adquire legitimidade.

Portanto, tratava-se de um convite irresistível das Ilhas Seychelles à lavagem de dinheiro que a comunidade internacional não poderia tolerar. Dessa forma, houve uma forte reação a essa lei, exigindo sua revisão e ameaçando impor graves sanções econômicas e comerciais, por parte da Organização para Cooperação e

¹¹ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Algumas considerações sobre técnicas inovadoras no combate à corrupção*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo horizonte: Editora UFMG, n. 57, jul-dez. 2010. p. 241.

Desenvolvimento Econômico (OCDE), dos governos dos Estados Unidos da América, da Grã-Bretanha, da França, da Interpol, da Comissão Europeia e da Força-Tarefa de Ação Financeira.

Dada a não revogação imediata desta lei, as autoridades internacionais anunciaram que as operações originárias das Ilhas Seychelles ou que por elas passassem seriam, todas, rastreadas e investigadas.

O resultado dessa ação foi à revogação do *Economic Development Act* pelas Ilhas Seychelles em 25 de julho de 2000, sem que a norma tivesse tido eficácia. Esta resultou das negociações da OCDE e da Força-Tarefa de Ação Financeira, suspendo as restrições aos investimentos naquele país. Contudo, só em 2003, o alerta expedido pelo FinCen (*Financial Crimes Enforcement Network – United States Department of the Treasury*), no sentido do rastreamento das transferências financeiras que passavam por seu território, foi retirado.

No cenário mundial, as decisões de um país inexpressivo seriam ignoradas pela comunidade internacional em outros tempos. Todavia, a globalização, a facilidade de deslocamento de informações e recursos deram uma nova proporção a temática da corrupção.

O cenário pode ser compreendido a partir da teoria dos jogos e dos incentivos. No raciocínio típico da teoria dos jogos, as autoridades envolvidas no combate à corrupção em um país devem indagar o que as autoridades de outros farão diante de uma ação ou omissão sua. Em outras palavras, a sua ação racional se condiciona diretamente pela ação ou reação de outros países, ou ainda pela expectativa de ação, ou reação de outros países.¹²

Desse modo, a pressão norte-americana começou a gerar desconforto e incentivou o combate à corrupção em outros países. Impedindo que nos territórios nos quais não haja programas efetivos de combate à corrupção ofereçam-se vantagens econômicas a seus empresários, em relação àqueles outros que possuem legislações mais restritivas. Desta forma, gradualmente foram criados vários mecanismos que impuseram a adoção de novos marcos legais anticorrupção.

¹² PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: Temas de Anticorrupção e Compliance, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 23.

2.1 *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*

Os Estados Unidos da América foram o primeiro a país a se comprometer com o combate à corrupção internacional através da edição do *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)* em 1977. Sendo o primeiro estatuto legal a criminalizar as condutas de subornar ou corromper agentes públicos estrangeiros. Estabelecendo às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição da prática de atos de corrupção ou do pagamento de propinas que beneficiem membros da administração pública de outros países.

O FCPA prevê penas de prisão de até 20 anos para as pessoas físicas que comprovadamente agirem contra os princípios protegidos pelo ato. Além de sanções monetárias de até 20 milhões de dólares, por infração individualmente considerada, às pessoas jurídicas que concorram para atos de corrupção.

“O FCPA foi parte da reação da opinião pública ao escândalo de propinas pagas pela *Lockheed Aircraft Corporation* a funcionários públicos estrangeiros de vários países aliado à época da Guerra Fria”.¹³ A criação deste ato se deu em um momento histórico singular, quando vinha a público, ainda em função da apuração do escândalo *Watergate*, que várias grandes empresas norte-americanas, entre elas a *Exxon*, a *Northrop*, a *Gulf*, a *United Brands* e a *Lockheed*, pagavam propinas a funcionários públicos estrangeiros.

O caso *Lockheed* foi o mais emblemático à época. Esta empresa norte-americana desenvolvia e produzia aeronaves, embarcações e mísseis, que eram adquiridos por governos de outras nações. No início dos anos 70, quando a empresa precisou ser resgatada pelo governo americano, ela acabou sendo investigada por suspeitas de pagamentos irregulares.

As investigações concluídas em 1976 mostraram que *Lockheed Aircraft Corporation* havia pago aproximadamente US\$ 22 milhões a funcionários de governos estrangeiros entre as décadas de 1950 e 1970, a fim de garantir ou manter contratos para venda de aeronaves.¹⁴

¹³ MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational enterprises and law*. Malden: Blackwell, 1999, p. 7.

¹⁴ GERBER, J.; JENSEN, E. *Encyclopedia of White Collar Crime*. Westport: Ed. Greenwood Press, 2007, p. 15.

Expôs, então, uma brecha na repressão da anticorrupção no ordenamento dos países. E mesmo a *Securities and Exchange Commission* (SEC) tendo obtido confissões de mais de 400 empresas americanas a respeito de subornar um funcionário público estrangeiro, nada pode se fazer. Uma vez que tal conduta não era crime, pois havia uma omissão legislativa.

Por conseguinte, a imprensa deu grande repercussão aos escândalos cobrando atitudes mais enérgicas das autoridades americanas. A população americana começou a pressionar o governo para adoção de medidas que não tornassem as companhias nacionais incentivadoras da corrupção de funcionários públicos estrangeiros.

Alguns estudiosos nessa época acreditavam que as práticas corruptas poderiam produzir efeitos positivos para o bem-estar social, visto que retratariam somente uma transferência de renda do lucro do capitalista para o agente público.

A economia foi a principal responsável por trazer o estudo da corrupção por muitas décadas a um plano secundário. Superadas concepções românticas e moralistas sobre os aspectos negativos da corrupção, a ciência econômica formulou proposições segundo as quais o pagamento de suborno não implicaria, na maioria das ocasiões, nenhuma perda de bem-estar social e, por isso, deveria até mesmo ser ignorado pelo sistema jurídico – da perspectiva microeconômica, não haveria perda do bem-estar social. Em outros cenários, a corrupção até mesmo poderia aumentar a eficiência alocativa, na medida em que diminui a burocracia administrativa e facilitaria o funcionamento dos mercados. Entre o custo de transação representado por uma barreira regulatória estatal e o custo de transação representado pelo suborno, a mera comparação de custos forneceria a resposta sobre a legitimidade ou não da corrupção. Na maioria das vezes os economistas enxergam a corrupção como um fator que altera o funcionamento do livre mercado e, em consequência, pode causar distorções que geram ineficiências – tudo dentro do estereótipo de que a economia é associada à tentativa de redução da realidade a um número reduzido de variáveis, as quais são quantificadas em um modelo.¹⁵

A edição do FCPA transparece o posicionamento de que o pagamento de propinas a burocratas é algo que vai contra os preceitos capitalistas, visto que viola as leis do mercado e da livre concorrência. Logo, não é só uma questão moral ou

¹⁵ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: *Temas de Anticorrupção e Compliance*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 25.

ética, mas também uma maneira de impedir que esses atos criminosos turvem o mercado.

Portanto, essa legislação prevê a proibição do pagamento, promessa ou oferta de qualquer bem ou dinheiro para oficiais estrangeiros em troca de obter, manter ou exercer vantagem ou negócio indevido. Traz, ainda, disposições que tornam mais sérias as tentativas de ocultação dos ilícitos, uma vez que impõem deveres específicos quanto aos registros contábeis das companhias. Além de obrigarem as empresas a manterem um sistema de controles internos

Cabe ressaltar que as vedações do texto legal são aplicáveis tanto às empresas americanas, quanto as empresas que emitem ações nos Estados Unidos. Seu descumprimento pode acarretar medidas cíveis pela SEC e pela Comissão de Valores Mobiliários norte-americana, e medidas cíveis e criminais perante o *Department of Justice* (DOJ). Há anos, o DOJ e a SEC têm sido bastante ativos em relação ao FCPA.

No entanto, com a aprovação do FCPA, as empresas norte-americanas passaram a perder a competitividade em relação aos demais países industrializados. Os países europeus, como no caso da Grã-Bretanha e França, não proibiam o suborno de agentes públicos estrangeiros, pelo contrário alguns até permitiam que as despesas dessa natureza fossem deduzidas como necessárias à efetivação do negócio. Por esse motivo, as empresas americanas começaram a perder bilhões de dólares.

Essa situação fez os Estados Unidos da América se deparar com duas opções: abandonar a legislação recém implantada; ou, forçar que os outros países adotassem a mesma política. Assim, paulatinamente a diplomacia americana começou a inserir o combate à corrupção na agenda políticas de vários países.

Mesmo sabendo que cada país é soberano para adotar as políticas públicas que julguem adequadas, passou-se a pressionar os demais países do globo, em particular os da Europa Ocidental, a adotar medidas que punissem empresas pela corrupção de agentes públicos estrangeiros.

O FCPA foi emendado, em 1988, com o intuito de renovar os esforços para celebração de um acordo internacional anticorrupção. Essa forte pressão teve como fórum principal a OCDE, na qual a diplomacia americana pressionava os membros para debate e assinatura de um acordo. Conquanto, o primeiro acordo internacional anticorrupção só foi aprovado em 1994, o mesmo lembra os princípios defendidos pelo ato estadunidense.

2.2 A Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização pública internacional, formada pela associação de países membros. A principal função desta instituição é promover políticas que proporcionem a melhoria das condições socioeconômicas e de bem-estar do povo.

Com o fim da segunda guerra mundial e a aplicação do Plano Marshall, criou-se a Organização para a Cooperação Econômica Europeia, a qual era responsável por gerir os esforços de reconstrução da Europa e administrar os recursos trazidos por este plano. Ela que influenciou a origem da OCDE.

Na OCDE, os Estados Unidos tentavam convencer as outras nações a adotarem a responsabilização de seus nacionais devido às práticas corruptas praticadas no exterior. Após longa batalha de bastidores, as negociações prosseguiram e em 17 de dezembro de 1997 em Paris promulgou-se a Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Esta entrou em vigor entre os países membros em 15 de fevereiro de 1999.

Pouco depois, o Brasil se juntou aos países signatários através da edição pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 125 em 14 de junho de 2000. Todavia, o governo só depositou o Instrumento de Ratificação em 24 de agosto de 2000, de modo que a Convenção só entrou em vigor no ordenamento jurídico pátrio em 23 de outubro de 2000. Essa incorporação ao ordenamento representou o primeiro passo brasileiro de compromisso no combate internacional à corrupção.

O Brasil, tal qual os demais signatários da Convenção, comprometeu-se com a criminalização da conduta de corromper funcionários públicos estrangeiros, a proibição da dedução fiscal dos gastos com propina destes agentes públicos e adoção de medidas concretas para o combate as práticas corruptas.

A corrupção de funcionários públicos estrangeiros é definida como:

Qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.¹⁶

Outro aspecto do acordo é a definição de funcionário público estrangeiro trazida pelo artigo 1.4, “a”, da Convenção:

Qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional.¹⁷

O nosso Código Penal¹⁸ traz em seu artigo 327 a definição funcionário público de modo bastante amplo, com intuito de não haver diferenças entre os servidores do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Quer seja eleito, quer seja concursado, o servidor público que possua posição de comando pode ser corrupto. Podendo fazer algo que é de seu ofício somente mediante pagamento, ou até mesmo cobrando propina para favorecimento de uma empresa numa licitação.

No campo da responsabilização das pessoas jurídicas, impõe-se que “cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.”¹⁹ Como se verifica, essa

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 3.678/2000. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Art. 1.1.

¹⁷ BRASIL. *Ibidem*. Art. 1.4, “a”.

¹⁸ BRASIL. Código Penal. Art. 327.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 3.678/2000. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Art. 2º.

responsabilidade empresarial foi limitada apenas à existência, no âmbito da empresa, de corrupção de funcionário público estrangeiro.

Alguns países não admitem a responsabilização criminal de pessoas jurídicas, assim, estabeleceu-se que estas seriam submetidas às sanções compatíveis com os princípios jurídicos adotados por cada membro, estabelecendo, ainda, que cada signatário “deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.”²⁰

O texto legal, também, traz a imposição da manutenção de registros contábeis que dificultam a lavagem de dinheiro e a proibição do pagamento de vantagens indevidas a burocratas estrangeiros. E frisa a questão da necessidade de requisitos de contabilidade adequados, controles internos e auditorias.

A Lei nº 10.467/2002 foi editada com o objetivo de cumprir os compromissos assumidos, e incluiu o Capítulo II-A ao Código Penal Brasileiro, cujo título é “Crimes Praticados por Particular Contra a Administração pública Estrangeira.”²¹ A nossa legislação penal por ser antiga não lidava com situações fáticas que ocorrem hoje e não aconteciam à época de sua elaboração em 1940. A adição deste capítulo, portanto, expande o alcance das regras de repressão à corrupção, criando novos tipos, como corrupção ativa em transação internacional e tráfico de influência em transação internacional, os quais são dotados de elementos extraterritoriais.

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais autorizou a criação de um Grupo de Trabalho que examina a adequação dos signatários a seus termos, e, ainda, se acordou que seus signatários e a OCDE emitiriam recomendações e relatórios aos demais membros. Portanto, a existência de um mecanismo de acompanhamento sistemático para monitorar e promover a integral implementação do que foi estabelecido é um importante diferencial. Um exemplo de recomendação expedida por esse grupo é de que estará acompanhando outros temas como:

²⁰ BRASIL. Decreto nº 3.678/2000. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Art. 3.2.

²¹ BRASIL. Código Penal. Capítulo II-A – Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

Atos de corrupção em relação a partidos políticos estrangeiros; vantagens prometidas ou conferidas a qualquer indivíduo em antecipação ao fato deste tornar-se funcionário público estrangeiro; corrupção de funcionários públicos estrangeiros como decorrência de lavagem de dinheiro; e o papel de empresas subsidiárias e de centros financeiros offshore.²²

Em agosto de 2004, o Brasil recebeu uma boa avaliação na sua primeira fase de revisão da implementação da Convenção. O governo brasileiro diante desta prestou alguns esclarecimentos, expondo que o crime de corrupção de funcionário público estrangeiro só poderia ser cometido por pessoa física, já que segundo o art. 225, § 3º, da Constituição Federal²³, pessoas jurídicas só poderiam cometer crimes ambientais. Outro elemento na definição deste delito é a vantagem indevida, a qual de acordo com a justificativa dada é qualquer vantagem não prevista em lei. Inexistindo qualquer exceção à regra, igual ocorre com os *facilitation payments* do FCPA. Evidenciou-se, também, que nossa legislação não prevê expressamente o crime de corrupção culposa.

Caso a legislação do país não seja clara em permitir ou proibir expressamente um determinado pagamento e os demais elementos do crime estejam presentes, o pagamento será considerado ilícito, independentemente do valor, salvo brindes e pequenas cortesias sem a intenção de corromper ou influenciar indevidamente o funcionário público estrangeiro. Um bom parâmetro para se preencher esta lacuna é o recurso ao Código de Conduta da Alta Administração Federal, cujo art. 9º regula detalhadamente o que deve ser considerado como limite para ser aceito pelo funcionário público.²⁴

Contudo, esse Código de Conduta da Alta Administração Federal apresenta algumas falhas, como quando permite a participação do servidor em seminários, desde que torne pública a remuneração e pagamento das despesas pelo promotor do evento, não podendo este ter interesse em quaisquer decisões desse agente público.

Indicaram-se temas pontuais que necessitavam de melhorias, como a possibilidade das empresas ocultarem as despesas com o suborno como despesas comerciais legítimas, passíveis de dedução tributária. É importante ressaltar a

²² RAMINA, Larissa L. O. *Ação Internacional Contra a Corrupção*. Curitiba, Jurá, 2008, p. 87.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 225.

²⁴ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: Temas de Anticorrupção e Compliance, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 34.

inexistência de punições severas nesta situação. Outro aconselhamento foi a alteração da lei da ordem econômica (Lei nº 8.884/1994) para incluir a corrupção com um ato expressamente vedado.

Em dezembro de 2007, ocorreu a segunda avaliação do Grupo de Trabalho sobre a implementação do acordo no território brasileiro. Criticou-se a falta de ênfase no combate à corrupção de nacionais, tanto quanto de funcionários públicos estrangeiros; além de censurar a falta de leis que estabeleçam sanções efetivas e dissuasivas às pessoas jurídicas condenadas por corrupção internacional.

Constatou-se que os tribunais brasileiros ainda não haviam julgado nenhum caso relacionado à corrupção de oficiais estrangeiros. Tendo em vista isso, recomendou-se um maior investimento nos órgãos de investigação, a fim de aumentar o número de investigações e melhorar a capacitação dos profissionais. Sugeriu-se, também, a elaboração de uma legislação especial que proibisse expressamente a dedução fiscal de subornos. Além do aumento do número de incentivos para adoção de programas de prevenção e repressão interna a corrupção por parte das companhias.

A terceira avaliação foi realizada em junho de 2014 e baseou-se em três pilares: progressos realizados com relação às deficiências identificadas na segunda avaliação; questões levantadas por alterações legislativas nacionais ou institucionais; e esforços na aplicação das leis e seus respectivos resultados. Esta última é de vital importância, visto que não basta existirem leis que atendam à Convenção da OCDE, mas também precisam ser efetivamente aplicadas.

Nesse contexto, a edição da Lei nº 12.846/2013 pelo Congresso Nacional demonstra o alinhamento aos preceitos acordados, atendendo os compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil. Esse instrumento legal dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, seja ela nacional ou estrangeira. Semelhante aos atos utilizados nos Estados Unidos e no Reino Unido.

2.3 Convenção Interamericana contra a Corrupção

A Convenção Interamericana contra a Corrupção foi o primeiro acordo internacional a abordar de forma sistemática medidas coercitivas e preventivas na luta contra a corrupção. O tratado foi organizado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e negociado na cidade de Caracas, Venezuela, em 1996.

Até hoje, 23 países ratificaram o acordo, dentre eles o Brasil. Aqui, a Convenção foi ratificada sem restrições, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Os propósitos desta Convenção são: promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.²⁵

O tratado tipifica atos de corrupção, elenca os princípios e prevê mecanismos de coerção e prevenção contra tais delitos. Dispõe sobre a criação de sistemas de compras governamentais comprometidos com a publicidade, equidade e eficiência. Além de falar da assistência recíproca entre os países, sobretudo em procedimentos de sequestro de bens e ativos, cooperação para a extradição, entre outros.

Logo, a Convenção representa um importante marco regional na batalha contra a corrupção, criminalizando os atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Elenca um número maior de práticas corruptas, possuindo um alcance maior que o da Convenção da OCDE.

É necessário salientar que, pela primeira vez no âmbito internacional, o setor privado foi convocado a entrar na luta contra a corrupção, mesmo não tendo se explicitado a responsabilidade das pessoas jurídicas. Infere-se que essa batalha não é apenas do Estado, mas também de toda a sociedade civil.

²⁵ BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Art. II.

2.4 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é considerada como o “maior instrumento vinculante internacional de combate à corrupção de funcionários estrangeiros”²⁶ Ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Originou-se a partir da Convenção de Palermo contra a Delinquência Organizada Transnacional (Resolução nº 55/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas). A Convenção da ONU contra a Corrupção aponta uma concepção contemporânea do conceito de corrupção e visa criar mecanismos que consigam repatriar os recursos provenientes desses atos criminosos.

A finalidade da presente Convenção é: promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; e promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.²⁷

De forma mais detalhada que os outros acordos aqui citados, o seu texto legal trata da criminalização da corrupção, das medidas preventivas e da cooperação internacional. Expõem-se medidas preventivas ligadas à boa gestão pública, assinalando a necessidade da criação de um órgão responsável por essas políticas. Traz, também, várias definições, como de “função pública”, “funcionário público”, “funcionário de uma organização internacional”, “delitos determinantes”, dentre outras.

Um ponto importante na Convenção da ONU, o qual foi incorporado pela lei brasileira, é a previsão de os países estabelecerem normas para o setor privado relativas à adoção de medidas de natureza contábil e de auditoria, especialmente controles internos, com fim de prevenir a prática da corrupção, sob pena de sanções civis, administrativas e penais no caso de não cumprimento dessas medidas. Além

²⁶ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: Temas de Anticorrupção e Compliance, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 37.

²⁷ BRASIL. Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Art. 1º.

disso, citam-se outras providências voltadas para a transparência administrativa e financeira das empresas.

Cabe ressaltar que o conjunto dessas medidas denomina-se Programa de *Compliance*. E, na legislação brasileira, essas medidas não são postas como obrigatórias, no entanto são estimuladas como forma de evitar a responsabilidade civil objetiva das empresas.

Por sua vez, o art. 26²⁸ do referido texto legal aduz sobre a responsabilidade civil das empresas ante a prática de atos de corrupção:

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

Com o advento da globalização financeira, um princípio de grande relevância defendido por esta Convenção é a recuperação de ativos, visto que devem ser recuperados os recursos desviados para o país prejudicado originalmente.

Para a recuperação de ativos, os signatários se comprometeram a adotar medidas necessárias para exigir das instituições financeiras que funcionam em seu território que verifiquem a identidade dos clientes e dos destinatários de depósitos de valores altos, além de manter firme controle da movimentação em contas solicitadas ou mantidas em nome de pessoas que desempenham ou tenham desempenhado funções públicas e de seus familiares e colaboradores próximos. Caso uma operação suspeita seja

²⁸ BRASIL. Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Art. 26.

detectada, a instituição financeira tem o dever de informar as autoridades, fornecendo os dados de todos os envolvidos.²⁹

A Convenção da ONU deu base e ajudou a elaboração de legislações nacionais de combate à lavagem de dinheiro e dos instrumentos por ela utilizados, como o sigilo bancário. Na negociação de seu texto, a Suíça impediu a inclusão da evasão fiscal entre os “delitos determinantes”. Contudo, avançou-se na definição da lavagem de dinheiro, admitindo a possibilidade da adoção de medidas mais duras em relação ao sigilo bancário por cada Estado, dada à importância conferida ao crime de evasão fiscal por este.

Estabeleceu-se, assim, uma conexão entre o desvio fiscal e a corrupção, impondo aos signatários a proibição da dedução dos gastos com propinas pelas companhias.

A nova Convenção deixa em aberto o caminho para o tratamento conjunto da corrupção, da lavagem de dinheiro e da evasão fiscal, no âmbito das legislações nacionais, além de representar uma efetiva possibilidade de incluir a evasão fiscal entre os delitos determinantes com relação à lavagem de dinheiro e deixar claro que todos esse âmbitos atualmente se mesclam de tal forma que chegam a representar um risco à democracia e ao desenvolvimento sustentável.³⁰

Portanto, a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção simboliza um marco da aliança global contra as práticas corruptas, trazendo um conjunto de normas de anticorrupção, as quais devem ser analisadas conjuntamente com a nossa legislação nacional. As políticas para a prevenção e erradicação dos atos de corrupção são postas como responsabilidade de todos os Estados, com o apoio e a participação não só do setor público, mas também do setor privado e de toda a sociedade civil.

²⁹ PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: Temas de Anticorrupção e Compliance, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 37.

³⁰ SOUZA, Sérgio Augusto G. P. de. *Considerações sobre a nova Convenção da ONU contra a corrupção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5140/consideracoes-sobre-a-nova-convencao-da-onu-contra-a-corrupcao>>. Acesso em: 12/10/2014.

2.5 Demais iniciativas internacionais

Além do FCPA, das Convenções da OCDE, da OEA e da ONU, outros organismos internacionais adotaram medidas anticorrupção, as quais possuem reflexos no Brasil. É um tema constantemente debatido e sempre presente na agenda política da comunidade internacional. Em 1993, por exemplo, a Organização Mundial de Comércio (OMC) emitiu uma declaração com indicação de medidas preventivas à corrupção na área fiscal relacionadas ao comércio exterior.

2.5.1 Marcos Legais contra a Corrupção da União Europeia

A União Europeia decidiu priorizar a luta contra a corrupção no início dos anos 90. Assim, o Grupo multidisciplinar sobre Corrupção (GMC) foi criado pelo Conselho da Europa em setembro de 1994. Da criação desse grupo originaram-se: Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO); Convenção Civil Europeia contra a Corrupção; e, Convenção Criminal Europeia contra a Corrupção.

Em setembro de 1998, a Alemanha instituiu o Ato de Combates à Corrupção de Autoridades Públicas Estrangeiras em Transações Internacionais, o qual representa a incorporação ao ordenamento jurídico alemão da Convenção da OCDE. Após, editou norma tipificando a conduta de suborno de parlamentares estrangeiros e de organizações internacionais. Esta foi a única adaptação necessária para a adequação do sistema legal alemão às Convenções Europeias contra a Corrupção e a Convenção da OCDE.

Os diversos acordos para cooperação internacional e criminalização da corrupção culminaram na criação do *Office Européen de Lutte Anti-Fraude* (OLAF), em 1999, no âmbito da Comissão Europeia, uma das principais instituições da União Europeia. O objetivo deste órgão é a investigação e combate à corrupção, de fraudes, e outras atividades ilícitas, além de apoiar a Comissão na implementação de medidas preventivas.

Depois da Convenção da OCDE, ocorreram sistemáticos avanços na legislação anticorrupção de vários países da União Europeia. Dentre os diplomas

legais, o que parece trazer mais inovações é o *UK Bribery Act*, do Reino Unido. Esse ato entra em vigor no dia 1º de julho de 2011 e inova em relação aos demais por tratar como ofensa criminal a “*Failure of comercial organisations to prevent bribery*”. Dessa forma, criminaliza-se a inobservância do dever de cuidado que deve ser inerente às organizações de natureza empresarial.

Conquanto, o *UK Bribery Act* assevera que a conduta da empresa poderá não sofrer qualquer sanção, caso comprove a presença de um programa de *compliance*, procedimentos adequados no sentido de prevenção da corrupção. Por isso, cada vez mais as companhias com atuação no âmbito da União Europeia estão procurando adotar programas de *compliance*.

2.5.2 Banco Mundial

Após os anos de 1990, os economistas têm enfatizado o papel da corrupção como um gargalo ao desenvolvimento. Como resultado, as instituições internacionais de crédito como o Banco Mundial têm condicionado a liberação de empréstimos e programas de assistência técnica ao compromisso de reformas institucionais para combater à corrupção, a fim de aumentar a geração de empregos, permitir a concorrência justa, e promover um maior desenvolvimento humano.

O Banco Mundial começou investir na criação de um órgão de investigação, cujos resultados seriam encaminhados para as autoridades competentes para serem devidamente processados. E devido às políticas de *Open Data* e *Acess to information Policy*, passou a promover prestação de contas ao público e a divulgar informações de seus projetos.

A principal sanção utilizada pelo Banco Mundial é o banimento das empresas corruptas da participação de projetos financiados. Um caso emblemático recente foi o da editora inglesa *Macmillan*, a qual foi banida de projetos financiados por seis anos, em abril de 2010, após constatação de a companhia ter tentado subornar funcionários do governo do Sudão do Sul para vencer uma licitação de um projeto multimilionário de educação.

Contudo, a eficácia do banimento das companhias corruptas pelo Banco Mundial não é suficiente pra acabar com as práticas dos atos de corrupção delas, uma vez que existem vários outros bancos similares. Nesse cenário, os cinco maiores bancos de fomento ao desenvolvimento assinaram o *Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions*, através do qual o Banco Mundial, o *Inter-American Development Bank Group*, o *European Bank for Reconstruction and Development*, o *Asian Development Bank* e o *African Development Bank Group*, concordaram em banir conjuntamente as empresas condenadas por qualquer um destes bancos por atividades corruptas.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO

No direito brasileiro existiram várias normas que objetivaram combater à corrupção e à improbidade administrativa. Todas as Constituições nacionais abordaram a temática, consoante ao momento histórico de cada. A Carta de 1824, a título de exemplo, responsabilizava os Ministros de Estado por “peita, suborno, ou concussão”, “pela falta de observância da lei” ou “por qualquer dissipação dos bens públicos”³¹. Tal fato comprova que esses assuntos sempre estiveram presentes em nosso ordenamento jurídico.

A Lei Pitombo-Godoi Ilha (Lei nº 3.164/56) e a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502/58) representaram avanços conceituais à época a respeito da responsabilização civil, porém não tratavam do ressarcimento ao erário diante das práticas corruptas dos servidores públicos.

A Lei Pitombo-Godoi Ilha estabelecia que “os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública”³² seriam sujeitos a sequestro e a perda em favor da Fazenda Pública. Além disso, outorgava ao Ministério Público a legitimidade ativa concorrente como qualquer do povo para a propositura da medida sequestro; e, instituía a declaração bienal dos bens e patrimônios daqueles que ocupassem funções ou cargos públicos.

Já a Lei Bilac Pinto era mais abrangente e na definição dos sujeitos ativos de enriquecimento ilícito equiparava o servidor público ao “dirigente ou empregado de sociedade mista, de fundação instituída pelo Poder Público, da empresa incorporada ao patrimônio público, ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais”³³. Esta norma restringiu a legitimidade ativa do Ministério Público da propositura aos cidadãos, em vez de a qualquer do povo.

Entretanto, estas leis tiveram pouca efetividade e não se avançou muito no real combate à corrupção. De fato, o primeiro diploma legal que trouxe para dentro do Judiciário a efetiva discussão dessa temática foi a Lei da Ação Popular.

³¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Art. 133, incisos II, IV e VI.

³² BRASIL. Lei nº 3.164/57. Art. 1º.

³³ BRASIL. Lei nº 3.502/58. Art. 1º, §2º.

3.1 Lei da Ação Popular

A Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65) trouxe uma importante inovação para ordenamento pátrio, visto que instrumentalizou o controle popular dos atos administrativos e governamentais, mediante provocação do Judiciário. Possibilitando a propositura de ação civil, por qualquer cidadão brasileiro, a fim de pleitear:

A anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.³⁴

O texto não chegou a prever sanções para os agentes públicos responsáveis pelos atos lesivos ao patrimônio público. E o Ministério Público que hoje possui um papel fundamental no combate à corrupção, no momento histórico de edição dessa norma era ainda muito dependente do Poder Executivo.

É certo que existem muitas ações populares fomentadas por interesses de menor relevância ou motivadas por razões partidárias, porém não se pode negar a que esse instrumento legal facilitou o controle dos atos governamentais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a admitir a ação popular para a anulação de ato lesivo “à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”³⁵. Cabe ressaltar que o autor será isento do pagamento das custas judiciais e do ônus da sucumbência, a não ser que se comprove sua má fé na litigância.

Há uma discussão doutrinária sobre o alcance da expressão “moralidade administrativa”. Alguns sustentam a necessidade da ilegalidade do ato e da lesividade ao patrimônio, como requisitos para a anulação do ato ofensor à moralidade administrativa. No entanto, José Afonso da Silva defende não ter sido esta a intenção do constituinte, citando Rodolfo de Camargo Mancuso, “a

³⁴ BRASIL. Lei nº 4.717/65. Art. 1º

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, LXXIII.

Constituição erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para a ação popular e numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional *per se*³⁶

Nesse contexto, nossa jurisprudência vem fundamentando suas decisões em um conjunto de princípios, não apenas no princípio da moralidade administrativa, mas também com algum outro princípio norteador da administração pública que se encaixe no caso concreto. De todo modo, é clara a importância desta lei para o controle dos atos administrativos e seus reflexos nas ações das empresas que contratam com o governo.

3.2 Lei da Ação Civil Pública

A Lei da Ação Civil Pública é a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, a qual disciplina a propositura de ações, sem prejuízo da ação popular, para defesa de interesses transindividuais, por parte de legitimados ativos diversos do Ministério Público.

Ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.³⁷

Foi o primeiro diploma legal a tratar do inquérito civil, que adquiriu status constitucional com a Constituição Federal de 1988³⁸. O inquérito civil é um importante instrumento pelo qual o Ministério Público colhe provas para formar ou não sua convicção para a propositura da ação civil pública ou a efetivação do termo de ajustamento de conduta.

A edição dessa norma representou um importante avanço no direito brasileiro na tutela dos interesses transindividuais, permitindo uma atuação mais contundente

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*, 35 ed., São Paulo, Malheiros, 2012, p. 464.

³⁷ BRASIL. Lei nº 7.347/85. Art. 1º.

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 129, III.

na luta contra atos de corrupção, por intermédio de provocação judicial. Destaco que a Lei nº 12.846/13 adotou o rito previsto na Lei da Ação Civil Pública.

3.3 Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429, Lei de Improbidade de Administrativa, foi editada em 02 de junho de 1992 e dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Constitui um avanço legislativo na repressão dos atos lesivos ao erário e aos princípios norteadores da administração pública.

Esse texto legal foi responsável por trazer a eficácia ao ditame constitucional previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que diz:

Os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em leis, sem prejuízo da ação penal cabível.³⁹

Essa norma busca garantir sanções adequadas aos funcionários públicos que praticam atos com fim de obter vantagens indevidas, causando prejuízo ao patrimônio público ou violando os princípios da administração pública. De maneira que sejam obrigados a reparar os danos causados e a prevenir a prática de condutas desviadas por outros agentes.

Não obstante as sanções previstas nessa lei possuem um caráter civil e político, Maria Sylvia Di Pietro assevera que:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso), e na esfera administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante), caracteriza um ilícito de natureza civil e política (...).⁴⁰

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, § 4º.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24 ed., São Paulo, 2011, p. 381.

Apesar de as infrações penais, previstas no Código Penal Brasileiro, apresentarem sanções mais graves aos infratores, as sanções de caráter civil e político apresentam uma maior eficiência no combate à corrupção. E a estas não se aplicam alguns princípios que tornam a pena mais incerta e longínqua, como ocorre com aquelas.

O art. 20 prevê que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos somente se tornam efetivas com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Já as outras sanções podem ser aplicadas em sede de execução provisória, após a decisão de primeiro grau.

A Lei complementar nº 135, Lei da Ficha Limpa, instituiu um maior alcance à condenação por atos de improbidade administrativa, uma vez que torna inelegíveis as pessoas condenadas por atos dolosos de improbidade, desde que a decisão condenatória seja proferida por um órgão judicial colegiado.

As disposições da Lei nº 8.429/92 são aplicáveis a todos, mesmo aqueles que não são agentes públicos, que induzam e concorram para a prática de atos de improbidade ou deles se beneficiem direta ou indiretamente, consoante o previsto em seu art. 3º.

Os sujeitos ativos do ato de improbidade são, sempre, agentes públicos, embora possam eles agir com auxílio de terceiros que estarão sujeitas às mesmas sanções, com exceção, por óbvio, daquelas que são passíveis de aplicação exclusiva ao agente público, como a perda do cargo.⁴¹

A definição de agente público exposta no art. 2º da referida lei é bastante ampla, abrangendo, inclusive, os particulares de entidades privadas que recebam verbas públicas. E graças ao efeito integrador do art. 3º, as pessoas jurídicas que colaboram ou auxiliam na prática desses atos lesivos a administração pública também estarão sujeitas as suas consequências. Não custa salientar que as empresas têm personalidade jurídica própria, diferente das pessoas físicas que se juntaram para criá-la, logo estão sujeitas às sanções previstas no texto legal, quando couber.

⁴¹ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

O diploma legal em seu art. 12 enumera as sanções que podem ser aplicadas aos infratores da norma. O caput assegura a independência das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica, das previstas neste dispositivo. “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”⁴². Além disso, para a dosimetria das sanções deve-se avaliar a condição pessoal dos agentes, sua personalidade, seus antecedentes, seu grau de participação e a importância de seu ato na organização da conduta ímproba.

As hipóteses de atos de improbidade administrativa estão expostas de forma exemplificativa nos artigos 9º, 10, 11, da Lei nº 8.429/92. E são divididos em três tipos:

a) Atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito.

O enriquecimento ilícito é o acréscimo patrimonial mediante práticas de atos ilícitos. O inciso VII, do art. 9º, dispõe sobre o enriquecimento sem causa, “cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”⁴³. Além disso, para caracterização deste ato não é necessário que ocorra necessariamente prejuízo ao erário.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê que na ausência de disposição legal em contrário a responsabilização será sempre subjetiva. No referido dispositivo, não há nenhuma ressalva, logo a responsabilização só se dá diante do dolo, livre e consciente, com o fim de violar a lei e alcançar o resultado lesivo.

b) Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário.

Na configuração deste ilícito é necessária a lesão ao patrimônio, material ou imaterial, das entidades da administração pública direta e indireta. As condutas exemplificadas no art. 10, do referido texto legal, não explicitam como obrigatória a vantagem ilícita para caracterização do ilícito, pelo contrário não é necessário ao servidor público, ou qualquer outro indivíduo, obter vantagem com a lesão do erário.

⁴² BRASIL. Lei nº 8.429/92. Art. 12, parágrafo único.

⁴³ BRASIL. *Ibidem*. Art. 9º, VII.

A partir da expressão “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”⁴⁴, infere-se a admissão da sanção pela culpa, seja pela falta de dever de cuidado ou por imprudência, negligência ou imperícia, admitindo-se, portanto, a submissão do agente as sanções previstas na lei.

c) Atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

Trata-se de qualquer ação ou omissão que atente contra os princípios norteadores da administração pública, violando “os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”⁴⁵. Como não há disposição em contrário, para aplicação das sanções exige-se uma conduta dolosa consciente.

A descrição aberta no art. 11 permite uma interpretação ampla das hipóteses configuradores deste ato de improbidade. No que concerne à caracterização do ato, as Cortes Superiores do direito brasileiro têm recomendado cautela, uma vez que a amplitude conferida pelo texto legal traz riscos para o intérprete induzindo-o a tachar condutas irregulares como ímprobas. Cabe ressaltar que os comportamentos irregulares ocorrem quando não há má-fé do agente e a moralidade administrativa é preservada, sendo alvo de mera correção administrativa.

3.4 Normas Penais Anticorrupção

No âmbito do Direito Penal Brasileiro, a corrupção sempre teve um tratamento mais retórico, não havendo uma eficácia na aplicação das normas. A corrupção no período de elaboração do Código Penal estava presente em todos os setores e níveis do poder público; e, a população só mostrava indignação, quando estourava algum escândalo e havia uma cobertura midiática e jornalística sensacionalista em torno do mesmo. Os processos penais, na maioria das vezes, resultavam em um verdadeiro fracasso, só punindo alguns intermediários, enquanto os principais ficavam livres. “A lei penal ainda tratava a corrupção de forma muito benevolente,

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.429/92. Art. 10.

⁴⁵ BRASIL. *Ibidem*. Art. 11, *caput*.

igualando a pena mínima prevista para a corrupção passiva à estipulada para o crime de furto⁴⁶.

Com o passar dos anos, a legislação penal vem evoluindo para fazer frente à corrupção. As legislações extravagantes vêm se desenvolvendo e tratando temas específicos de forma mais perspicaz. Além de ter havido um incremento nas penas previstas pelo Código Penal originalmente.

3.4.1 Código Penal

O tratamento dado para corrupção pelo Código Penal Brasileiro de 1940 não condiz com a definição contemporânea do termo. No entanto, é importante anotar que existem vários tipos que retratam condutas corruptas.

Podem-se destacar os seguintes dispositivos do Código que tratam sobre atos de corrupção: Peculato (art. 312); Inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B); Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315); Concussão (art. 316); Facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318); Prevaricação (art. 319); Advocacia administrativa (art. 322); Violação do sigilo funcional (art. 325); Violação do sigilo de proposta de concorrência (art. 326); Tráfico de influência (art. 332); Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335); Corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B); Tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C); Exploração de prestígio; Violência ou fraude em arrematação judicial (art. 358). Além dos artigos 327 e 337, os quais trazem a definição de funcionário público e funcionário público estrangeiro para o direito penal.

Essas formas de conduta poderiam ser consideradas como corrupção *lato sensu*, diferentemente da concepção *stricto sensu*, Corrupção Ativa e Corrupção Passiva, definida nos artigos 333 e 317, respectivamente.

⁴⁶ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 42.

Entretanto, faz-se necessário uma atualização do Código Penal Brasileiro, a fim de que ocorra uma tipificação das condutas criminais que caracterizam a corrupção. Então, deve-se elaborar um novo estatuto, dando a elas um tratamento diferenciado, a respeito das normas processuais e de execução de pena. Algumas medidas, por exemplo, tem que poder ser tomadas durante a fase de inquérito policial ou durante o processo, para que haja uma aplicação mais eficaz e rápida. Dentre elas cito: o afastamento preventivo de funções públicas; a nomeação de administrador de bens; tratamento especial para quem colaborar com a justiça; a indisponibilidade e sequestro de bens.

Mesmo a legislação penal nacional sendo vasta na luta contra estes atos ilegais, falta um aumento nas sanções e um maior número de medidas assecuratórias, para que o Direito Penal venha a ter uma maior efetividade no árduo desafio de combater á corrupção. Acredito que a edição de legislações extravagantes seja uma boa solução, uma vez que elas dão tratamento específico para certas condutas, o que deve garantir uma maior eficiência na aplicação da norma.

3.4.2 Crimes da Lei de Licitações

A Lei nº 8.666, Lei de Licitações, foi promulgada em 21 de junho de 1993. Ela prevê tipos penais específicos, do artigo 89 a 98, na área de licitações e contratos. Evidencia um sancionamento por via administrativa dos atos previstos no diploma legal. E se caracteriza por sanções brandas e esparsas, as quais são facilmente atingidas pela prescrição.

Os bens juridicamente tutelados pela norma são a correção e a lisura dos certames. Dentre as condutas explicitadas, destaco a fraude à licitação (art. 96) e dispensa indevida de licitação (art.89). Os sujeitos ativos dos delitos deste texto legal serão os funcionários públicos, todavia o particular que concorra para a infração também será alcançado. Não se admite culpa como elemento subjetivo de responsabilização, sendo apenas aceito o dolo consciente para tal.

3.4.3 Lei de Lavagem de Dinheiro

Nos últimos 20 anos, tanto no cenário nacional, quanto internacional, vêm evoluindo a luta contra a lavagem de dinheiro, que é tentativa de regularização de capitais de origem ilícita.

No plano internacional, foram de grande relevância, para adoção por legislações nacionais da tipificação da lavagem de dinheiro, a Convenção de Viena ou Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 1988, ratificada pelo Brasil em 1991, e a Convenção de Palermo ou convenção das nações Unidas contra o Crime Organizado, de 2000, ratificada pelo Brasil em 2004.⁴⁷

No ordenamento jurídico pátrio, a primeira lei que versava sobre lavagem foi a Lei nº 9.613/98, a qual foi alterada recentemente pela Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Esta trouxe várias inovações àquela, por exemplo, o termo “lavagem de dinheiro” passou a ter o significado de “ocultação de bens, direitos e valores”. Percebe isso na descrição de condutas do art. 1: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”⁴⁸. Ressalto que os bens mencionados precisam ser originários de infração penal.

Todavia, determina-se que o processo e julgamentos dos crimes previstos nesta lei “independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”⁴⁹.

Dentre as mudanças trazidas em 2012, não se exige mais a prática de crimes determinados para a caracterização da lavagem de dinheiro. Tal fato se justifica pela utilização da expressão “infração penal”, a qual abriu a interpretação para outros delitos, inclusive, as contravenções penais.

O Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça vêm entendendo que o crime de lavagem de dinheiro é autônomo em relação ao crime antecedente, isto é, o comportamento caracterizador da lavagem não se constitui no

⁴⁷ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 12.683/12. Art. 1º, *caput*.

⁴⁹ BRASIL. *Ibidem*. Art. 2º, II.

mero exaurimento do crime antecedente. Logo, as cortes defendem a autonomia do crime de lavagem de dinheiro e a diversidade dos bens jurídicos atingidos.

Na legislação brasileira, não se admite a modalidade culposa deste delito, sendo exigido o dolo, como elemento subjetivo para responsabilização. O §3º, do art. 1º, prevê a possibilidade da tentativa de crime, a qual deve ser punida de acordo com art. 14 do Código Penal. Porém a conduta exposta no art. 1º, § 2º, II, é de um crime de mera conduta, no qual não há possibilidade de crime tentado.

Com o fim de melhorar a apuração dos delitos econômicos, um dos pontos de maior destaque e inovação da nova lei é a possibilidade de atenuação da pena ou até mesmo o juiz deixar de aplicar a pena.

A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.⁵⁰

Outro importante dispositivo legal é a possibilidade de decretação pelo juiz de “medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”⁵¹. Isso pode se dar de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, desde que ouvido o parquet em 24 horas.

3.4.4 Nova Lei de Organizações Criminosas

A Lei nº 12.850 editada em 02 de agosto de 2013, um pouco depois da Lei 12.846/13, é a nova Lei de Organizações Criminosas, a qual trouxe modificações consideráveis no trato penal e processual das organizações criminosas, sobretudo quando trata da colaboração premiada, da ação controlada e da infiltração de

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 12.683/12. Art. 1º, §5º.

⁵¹ BRASIL. *Ibidem*. Art. 4º.

agentes. Colaboração premiada é como se denomina o instituto da delação premiada no referido diploma.

A norma tipificou a conduta de organização criminosa como crime autônomo, ou seja, para cada crime praticado por membro da organização será aplicada uma sanção, independentemente da pena autônoma da associação.

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.⁵²

Além disso, a promoção, a constituição, o financiamento ou a integração, pessoalmente ou por pessoa interposta, são considerados elementos do tipo penal. Existem várias práticas corruptas previstas em nosso ordenamento que sujeitam os criminosos a penas máximas de privação de liberdade superiores a quatro anos. Portanto, no âmbito da jurisdição penal deve haver um impacto significativo no combate à corrupção.

A nova lei sobre organizações criminosas inovou no direito ao instituir a colaboração premiada, estabelecendo requisitos para a sua validade. Contudo, é ressaltado no diploma que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”⁵³. Assim, ergue-se em nosso ordenamento uma nova perspectiva de obtenção de prova.

Outra importante disposição é a faculdade de concessão de perdão judicial pelo juiz, até mesmo antes da proposição da ação penal. Isso termina com a limitação da colaboração, visto que a contraprestação ao colaborador não será mais futura e incerta.

Tendo em vista a relevância da colaboração prestada, nos termos do art. 4º, §2º, estabelece-se que a qualquer tempo, inclusive na fase do inquérito policial, o Ministério Público ou delegado de polícia, desde que ouvido o parquet, poderão requerer ou representar em juízo a concessão do perdão judicial ao colaborador.

⁵² BRASIL. Lei nº 12.850/13. Art. 1º, §1º.

⁵³ BRASIL. *Ibidem*. Art. 4º, §16.

A instituição da ação controlada prevista na Lei 12.850/13 permite o retardamento da intervenção policial ou administrativa, buscando um momento melhor e mais eficaz para a intervenção estatal.

Dessa forma, até mesmo a prisão em flagrante pode ser postergada, ainda sob a inspiração da eficácia da persecução penal, desde que a organização criminosa e seus membros sejam mantidos sob observação e acompanhamento para que a medida se efetive quando for mais conveniente, sobretudo em relação à produção de provas.⁵⁴

Essa norma, também, regulou a infiltração de agentes em organizações criminosas, desde que autorizadas pelo juiz. Explicitou-se a responsabilização do agente pelos excessos praticados, caso extrapole a finalidade da investigação. Embora, é feita uma ressalva no texto prevendo que “não é punível, no âmbito da infração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa”⁵⁵.

Conclui-se que a Lei nº 12.850/13 representa uma grande inovação no direito brasileiro, uma vez que dispõe sobre novas formas de investigação criminal e de obtenção de provas. Além de dispor sobre infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Logo, a aplicação efetiva desta norma deverá representar mais um meio incisivo na luta contra as práticas corruptas.

3.5 Outros diplomas legais de combate à corrupção

Além dos marcos legais já comentados, existem outros que merecem destaque, haja vista objetivarem a luta contra à prática de atos de corrupção e o controle dos negócios jurídicos. Dentre esses, cito: a Lei de Funcionalismo Público (Lei nº 8.112/90), a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/13).

⁵⁴ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 12.850/13. Art. 13, parágrafo único.

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas com caráter político na temática de combate à corrupção. O Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), a Lei de Inelegibilidade (Lei Complementar nº 64/90), a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 125/01), cuidam deste assunto no sistema político-eleitoral do país.

Entretanto, foge ao escopo dessa monografia comentar em detalhes todas essas normas. Conquanto, é importante tê-las como integrantes da legislação brasileira anticorrupção, a fim de que haja a responsabilização de todos aqueles que praticarem estes atos ilícitos.

4 ANÁLISE DA LEI N° 12.846/13

A Lei n° 12.846, promulgado em 1° de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, veio reforçar a legislação brasileira no luta contra práticas corruptas. Originou-se do Projeto de Lei n° 6.826/10, encaminhado ao Congresso Nacional pela Corregedoria Geral da União. E como já abordado anteriormente, a edição desta demonstra a adequação do Brasil aos compromissos internacionais assumidos, dentre eles, à Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da ONU, e à Convenção Interamericana de Combate à Corrupção, da OEA.

O bem jurídico tutelado pela Lei Anticorrupção é o patrimônio público, seja nacional ou estrangeiro. Além da proteção de bens imateriais, como, por exemplo, a legalidade, a moralidade administrativa, a eficiência, visto os princípios norteadores da administração pública.

O texto legal traz inovações, como a previsão da responsabilização objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao patrimônio público, a possibilidade de celebração de acordos de leniência, a adoção de severas multas em infrações contra a ordem econômica, a instituição de programas de *compliance* e de controle interno, entre outras.

4.1 Responsabilidade Objetiva Administrativa e Civil

A lei prevê “a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”⁵⁶. É importante diferenciar esses dois tipos de responsabilidades, administrativa e civil; além de diferenciar a responsabilização objetiva, da subjetiva.

A responsabilidade civil é quando existe o dano, uma conduta e o nexo de causalidade entre elas, havendo a necessidade de reparação, uma vez que busca o

⁵⁶ BRASIL. Lei n° 12.846/13. Art. 1°, *caput*.

retorno ao *status quo ante* ao ato que gerou o dano. Contudo, quando se tratar de responsabilização civil objetiva não há análise da conduta causadora do dano, não sendo necessária a ilicitude da conduta para caracterizá-la.

Já na responsabilização administrativa, a Administração Pública impõe aos administrados e aos seus integrantes regras de conduta, as quais quando infringidas serão averiguadas através de um processo administrativo, e podem resultar em sanções administrativas, como multa, suspensão, etc.

A responsabilidade administrativa só ocorre se houver norma legal anteriormente definida, que preveja a conduta ilícita e imponha sanção. Não tendo espaço para liberalidades e juízos de valor do administrador, devendo o agente agir conforme os ditames da lei. Por isso, alguns autores, como Adilson de Abreu Dallari e Sergio Ferraz⁵⁷, defendem a aplicação de princípios do Direito Penal em matéria de responsabilização administrativa e processo administrativo.

Portanto, a empresa poderá ser responsabilizada simultaneamente no âmbito civil e administrativo, visto que essas responsabilidades são complementares. Civilmente, por eventuais danos que a conduta imprópria de seus agentes tenha gerado ao erário. Já administrativamente, quando essa mesma conduta afrontar os princípios da administração pública.

No tocante a responsabilidade objetiva, também chamada de responsabilidade sem culpa, não se é analisado qualquer elemento de ordem subjetiva da conduta do agente, apenas o nexo causal entre a conduta e o dano, ocorrendo, assim, uma mera aplicação de dispositivos legais ou princípios jurídicos. Este tipo de responsabilidade é comum nas companhias que desenvolvem atividades que envolvam riscos, por exemplo, as empresas de transporte, as quais respondem pelos danos causados em decorrência do regular desenvolvimento de seu negócio.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 admite a teoria do risco. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do

⁵⁷ DALLARI, Adilson de Abreu; e FERRAZ, Sergio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154.

dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁵⁸. Deste modo, consolidou-se a responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico.

Como anteriormente exposto, a Convenção da OCDE, na qual o Brasil é signatário, diz que na hipótese impossibilidade de sancionamento penal da pessoa jurídica, deve-se assegurar a sujeição a sanções não penais, porém efetivas, proporcionais e dissuasivas, contra a corrupção de funcionário público estrangeiro.

4.2 Sujeitos Ativos e Passivos

Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.⁵⁹

As pessoas jurídicas passíveis de serem sujeitos ativos estão reguladas no parágrafo único do art. 1º, como exposto acima, e no art. 4º, caput, do novo estatuto, demonstrando, assim, uma maior abrangência dada pelo legislador à norma.

Já, as pessoas jurídicas de direito público, seja interno ou externo, são os sujeitos passivos deste diploma legal, cujo escopo é sua proteção, e são responsáveis por gerir o patrimônio público.

Entretanto, caso haja prática de algum dos comportamentos previstos no art. 5º da referida lei, por alguma pessoa jurídica de direito público, a responsabilidade pelo ato ilegal será pessoal do servidor público que o praticou, podendo ser sancionado na esfera penal, civil, administrativa, até na eleitoral, conforme previsão de outros estatutos legais. Vide que as sanções da Lei nº 12.846/13 são exclusivas para as pessoas jurídicas de direito privado, nacionais ou estrangeiras, as quais possuem relação com o Poder Público, nacional ou estrangeiro, inclusive os organismos internacionais. O diploma só fala de responsabilidade pessoal em seu art. 3º, quando prevê a responsabilização dos dirigentes, administradores ou de

⁵⁸ BRASIL. Código Civil. Art. 927, parágrafo único.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 1º, parágrafo único.

qualquer pessoa natural que participe ou se beneficie dos atos ilícitos praticados pela empresa, podendo configurar, dessa maneira, um crime, uma infração funcional ou um ato de improbidade administrativa.

4.2.1 Sociedades Empresárias e Simples

As sociedades empresárias são as pessoas jurídicas de direito privado que exploram a atividade empresarial e atuam conforme determina seu objeto social. O debate na doutrina é se as sociedades empresariais estatais, as quais atuam em setores estratégicos da economia, se sujeitariam as disposições da norma.

O art. 173 da Constituição Federal assevera que as sociedades empresariais estatais estão sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”⁶⁰. Logo, podem ser sujeitos ativos da prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/13.

É bem verdade que no mundo globalizado, tanto as nossas empresas estatais atuam no exterior, quanto as estatais de outros países operam em terras brasileiras, movimentando um volume altíssimo de recursos e participando até de licitações. Todavia, os comportamentos do art. 5º nas empresas estatais nacionais serão de remota verificação, já nas estatais que atuam internacionalmente é mais fácil constatá-los. Um exemplo clássico é a participação destas sociedades em cartéis na área de prospecção de petróleo.

Outras pessoas jurídicas de direito privado são as sociedades simples, comuns e limitadas, mesmo que não personificadas, quando se aplica o disposto no art. 986 do Código Civil. Cabe salientar que mesmo as sociedades simples não tendo realizado a inscrição dos seus atos constitutivos, estão sujeitas as disposições do diploma legal.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 173, § 1º, II.

4.2.2 Fundações

As fundações instituídas pelo Poder Público, podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado. Quando possuem personalidade de direito público, não podem ser sujeito ativo de atos lesivos à administração pública, visto que são gestores de patrimônio público. Já quando possuem personalidade de direito privado, podem ser sujeito ativo e se sujeitam as sanções da Lei da Empresa Limpa. No entanto, caso as fundações forem instituída por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado poderão ser sujeito ativo.

4.2.3 Partidos Políticos e suas Fundações

José Afonso da Silva assevera que os partidos políticos são formas de “agregação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”⁶¹. Embora, o art. 44, V, do Código Civil dispor que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, bem como suas respectivas fundações, vide o art. 53 da Lei nº 9.096/65; não é congruente tal disposição, uma vez que “têm características tais que os colocam na categoria de instituições inerentes ao regime democrático”⁶². Não sendo, então, adequado qualificar os partidos políticos e suas fundações como sujeitos ativos da Lei Anticorrupção; mas podem ser perfeitamente postos como sujeitos passivos dos atos lesivos à administração pública, pois recebem dinheiro do governo.

4.2.4 Associações, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações Não Governamentais (ONGs)

Segundo o art. 53 do Código Civil, as associações são união de pessoas de forma estável, organizadas com finalidade não econômica, o que não afasta a

⁶¹ SILVA, José Afonso Da. *Op. cit.*, p. 394.

⁶² PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 57.

possibilidade de relação com o poder público, podendo ser sujeitos ativos dos atos lesivos à administração pública.

As organizações sociais possuem personalidade jurídica de direito privado e sem fins lucrativos, como disposto na Lei nº 9.637/98. Essas entidades são autorizadas por lei a firmarem contratos de gestão com o poder público, portanto, podem se sujeitar as sanções e figurar como sujeitos ativos da Lei Anticorrupção.

Nos termos da Lei nº 9.790/99, as OSCIPs são organizações de caráter civil, as quais se dedicam a diversas atividades de interesse coletivo. Pessoas jurídicas sem fins lucrativos, com natureza jurídica de direito privado e podem realizar parcerias ou contratos com o governo. Deste modo, também, podem figurar no polo ativo do novo estatuto.

As ONGs são associações civis sem fins lucrativos que atuam no terceiro setor da sociedade civil. Poderão ser sujeitos ativos da Lei da Empresa Limpa, assim como os demais tipos de organizações não governamentais.

4.2.5 Sociedade de fato e Sociedades / Associações estrangeiras

Ao utilizar a expressão “sociedade de fato” no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.846/13, objetivou-se englobar as associações eventuais de pessoas naturais ou empresas que vilipendiam os bens e direitos tutelados pela norma. Dentre elas, pode-se citar o exemplo dos cartéis.

As sociedades ou associações estrangeiras só poderão ser atingidas pelo novo estatuto, caso possuam caráter privado e qualquer tipo de representação no Brasil, mesmo que temporária. Não é necessário fim lucrativo para sua subsunção a norma. Nesse contexto, por exemplo, temos a FIFA e Comitê Olímpico Internacional.

4.3 Da pessoa jurídica beneficiada

A partir da leitura do art. 2º, da Lei nº 12.846/13, a responsabilização das pessoas jurídicas ocorrerá pelos atos lesivos previstos na norma, seja pelo eventual interesse ou benefício atingido. Contudo, quando ocorrer um conluio de duas companhias, e uma terceira for beneficiada, podem ser aplicadas as sanções do referido diploma a esta terceira? Depende. Caso a terceira empresa não tenha concorrido de qualquer modo com a prática do ato, por qualquer dos seus associados, administradores ou prepostos, não se poderá ser responsabilizada pelo benefício percebido. Entretanto, se a terceira beneficiada tiver participado de qualquer forma de conduta, seja comissiva ou omissiva, poderá ser responsabilizada pelo benefício, sem que seja necessária a análise do elemento subjetivo.

4.4 Da independência das sanções em relação às pessoas físicas

O princípio da independência das sanções é disposto no art. 3º e parágrafos do novo estatuto legal, prevendo a independência destas com as sanções de outros dispositivos, especialmente no que tange as pessoas físicas. A Lei nº 12.846/13 visa responsabilizar as pessoas jurídicas independentemente da “responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”⁶³. Isto é, as pessoas naturais poderão ser responsabilizadas na medida de sua culpabilidade, podendo sofrer sanções de caráter civil, penal ou administrativo, previstas em outras normas, como, por exemplo, a Lei de Improbidade. Contudo, ressalto que deve estar presente o dolo consciente para responsabilização pessoal dos infratores.

Conforme já apontado, o elemento integrador do art. 3º da Lei nº 8.429/92, impõe que os beneficiários, inclusive as pessoas jurídicas, do ato de improbidade estarão sujeitos às sanções, ainda que não sejam agentes públicos.

⁶³ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 3º, *caput*.

4.5 Das alterações contratuais e do grupo econômico

A responsabilização da pessoa jurídica subsiste na hipótese de alterações contratuais, tais como fusão, incorporação, transformação ou cisão societária, e do grupo econômico, consoante asseverado no art. 4º e seus parágrafos da Lei Anticorrupção.

O legislador demonstra preocupação com a sanção do patrimônio da empresa, vide seu § 1º, o qual prevê a responsabilidade da sucessora nas hipóteses de fusão e incorporação limitada ao patrimônio transferido, ressalvado os casos com intuito fraudulento.

No § 2º, impõe-se a responsabilização solidária pela prática dos atos previstos nesta Lei as sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas, restringindo esta responsabilidade a sanções do patrimônio da empresa. Infere-se pela redação dada ao parágrafo, portanto, que a Lei pode ser aplicada a todo o grupo econômico, a partir da conduta ilícita de quaisquer das empresas que o componham.

4.6 Atos lesivos à administração pública

O art. 5º elenca um rol taxativo do que se constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Não sendo necessária a demonstração do prejuízo para sua caracterização. Assim, analisa-se o prejuízo jurídico decorrente da violação dos princípios norteadores da administração pública, e não um mero prejuízo econômico e financeiro. Todavia, este será levado em consideração para fixação da sanção.

A primeira definição de ato lesivo à administração pública é “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada⁶⁴”. A Lei 12.846/13 não trouxe uma definição de agente público como a Lei de Improbidade Administrativa, no entanto a definição

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 5º, I.

legal presente na conjugação dos artigos 1º e 2º desta pode ser utilizada na interpretação do novo estatuto.

O agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, ou qualquer outra entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.⁶⁵

Não importa se o agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada, aceitou a vantagem indevida ou não, uma vez que foi tipificada a promessa e oferecimento. Esta vantagem pode ter caráter econômico ou não, não sendo exigida a especificação do benefício pretendido. No processo administrativo, o mero oferecimento caracteriza a infração, sendo desnecessária a prova do benefício pretendido pelo autor do ato lesivo.

A vantagem deve ser inadequada e relevante. Inadequada, pois não decorre de sua obrigação. Relevante, porque deve ser considerável ao ponto de influenciar a conduta do servidor, não sendo considerados aqui brindes de pequeno valor econômico.

Com relação a terceira pessoa relacionada ao agente público, tem-se que avaliar a possibilidade efetiva de intervenção deste indivíduo, qualquer seja sua relação com o servidor, desde que consiga influenciar a conduta do agente público. Entretanto, a aplicação deste dispositivo exige uma interpretação restritiva de acordo com o caso concreto, visto que não é proibida a nenhuma companhia manter relações comerciais, empregatícias ou empresariais com pessoas relacionadas a agentes públicos. Logo, para se caracterizar a infração, deve-se analisar a má fé do indivíduo.

O inciso II prevê como ato lesivo o financiamento, o custeio, o patrocínio ou a subvenção da prática dos atos ilícitos, uma vez que o administrador ou preposto da pessoa jurídica atingida tenha conhecimento dos atos ilegais. Por isso, utilizou-se a

⁶⁵ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 63.

expressão “comprovadamente”, sendo necessária a prova da ciência da destinação do recurso utilizado pelo agente da empresa. Exigindo-se, assim, um vínculo finalístico entre o fato e o resultado.

Já no inciso III, taxa-se a utilização de interposta pessoa física ou jurídica para ocultação ou dissimulação dos seus reais interesses ou identidade dos beneficiários pelos atos praticados. O termo “comprovadamente”, implica, também, na necessidade de prova da ciência da real finalidade da utilização dessa interposta pessoa física ou jurídica.

As condutas de ocultar ou dissimular exigem o elemento subjetivo do dolo livre e consciente, não sendo aceita modalidade culposa para tais comportamentos. Exige-se, assim, a conduta finalística do administrador ou preposto da pessoa jurídica atingida, e não o mero conhecimento ou concordância daqueles que formalizam a vontade da pessoa jurídica.

O inciso IV do art. 5º da Lei da Empresa Limpa busca a proteção da lisura das licitações e dos contratos administrativos celebrados com qualquer das entidades públicas que são sujeitos passivos da norma.

A alínea “a” busca proteger o caráter competitivo dos certames, apontando os comportamentos de frustrar ou fraudar o procedimento licitatório. Frustrar, no sentido de impedir o caráter competitivo; e fraudar, caracteriza-se por iludir ou ludibriar o ente público. Não importando o método utilizado, desde que o resultado seja alcançado.

Na alínea “b”, observa-se as condutas “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”⁶⁶. É importante ressaltar que não é necessário que o ato não se realize em função dessa perturbação. No entanto, esta deve ser relevante e realmente colocar em risco o certame.

A alínea “c” complementa o disposto na alínea “a”, todavia prescinde-se do resultado para a caracterização da conduta. Seja ou não o licitante afastado de

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 5º, IV, b.

participar do certame, a conduta que submete à sanção é a de tentar ou procurar afastar qualquer licitante, através de fraude ou oferecimento de vantagem. Friso que caso determinado licitante se retire do processo licitatório, com o fim de frustrar o caráter competitivo do certame, os sancionados podem ser tanto o agente que ofereceu a vantagem indevida quanto àquele que a aceitou.

A alínea “d” dispõe sobre “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”⁶⁷. Isto é, qualquer burla que abale a lisura da licitação e dos contratos administrativos delas decorrentes pode caracterizar a infração. Não é necessário que o resultado seja alcançado, haverá responsabilização mesmo que a fraude não tenha gerado qualquer vantagem ao fraudador.

Na alínea “e”, trata-se da hipótese de criação fraudulenta ou irregular de pessoa jurídica com a finalidade de participar de procedimento licitatório ou celebrar contrato administrativo com a administração pública.

A alínea “f” expõe o comportamento fraudulento de se obter vantagem ou benefício indevido das modificações ou prorrogações dos contratos administrativos, sem autorização da lei, da própria licitação ou dos instrumentos contratuais.

Na alínea “g”, contempla-se a hipótese de manipulação ou fraude ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Justifica-se tal dispositivo, pois a Lei das Licitações admite a possibilidade de revisão do contrato, com a finalidade de restabelecer a relação anteriormente pactuada e o equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas “na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe”⁶⁸. Por isso, as condutas fraudulentas que objetivam realizar mudanças contratuais, motivadas por desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, são passíveis de sancionamento pelo novo diploma legal.

Para imputação de sanções administrativas, não é necessário, *a priori*, que se demonstre o prejuízo ao erário, mas tão somente que esteja presente a manipulação ou a fraude. Evidentemente os eventuais prejuízos, se houver, devem ser apurados para a

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 5º, IV, d.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.666/93. Art. 65, II, d.

dosimetria da sanção administrativa e em sede de responsabilização civil, mas sua existência não condiciona a constatação do ilícito.⁶⁹

O inciso V da Lei Anticorrupção refere-se ao comportamento de “dificultar a 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 nacional”⁷⁰. É importante notar que a investigação ou fiscalização deve ser realizada por agente público regular e legítimo. Além disso, quanto à investigação deve-se ter um procedimento adequado e uma justa causa. E os órgãos, entidades e agentes públicos não podem ultrapassar os limites legais para atividade fiscalizatória e investigatória, sob pena de legitimar-se a oposição da pessoa jurídica àquela atividade.

Os parágrafos do art. 5º trazem definições legais para administração pública estrangeira, organizações públicas internacionais e agente público estrangeiro. As definições são bastante elucidativas. Contudo, atento para o fato de que as entidades estatais estrangeiras e pessoas jurídicas, inclusive privadas, que são controladas pelo poder público de país estrangeiro podem ser consideradas administração pública estrangeira, não sendo necessária totalidade ou maioria, apenas o controle pelo poder público estrangeiro.

4.7 Sanções administrativas

Nos arts. 6º e 7º da Lei nº 12.846/13, seus incisos e parágrafos, são expostas as sanções, as quais são aplicáveis às pessoas jurídicas sujeitos ativos dos atos lesivos do art. 5º na esfera administrativa. Além da dosimetria, isto é, o que é levado em consideração na aplicação da sanção. Não custa salientar que somente a lei poderá prever as possibilidades de imposição de sanção administrativa e seus limites, determinando os fatos ilícitos e qual sanção deve ser imposta caso haja violação à proibição contida na norma.

⁶⁹ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 67.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 5º, V.

4.7.1 Multa

O inciso I do art. 6º traz como sanção administrativa a multa, cuja amplitude é elástica e as regras para sua dosimetria obrigam uma análise cuidadoso do caso concreto. Primeiramente, o valor da multa irá variar de 0,1% até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício, “anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos”, quando for possível calculá-la em função do faturamento. Diante da impossibilidade de calculá-la deste modo, aplica-se o segundo critério, consoante o § 4º do referido artigo, o qual prevê que a multa deve variar de R\$ 6 mil até a R\$ 60 milhões. Além disso, observa-se que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”⁷¹. Não se pode confundir o valor dessa vantagem com o valor do contrato administrativo ou do negócio.

Tendo em visto o valor atribuído pelo novo estatuto as multas administrativas, percebe-se que o legislador tentou coibir o envolvimento das companhias em atos lesivos à administração pública. Entretanto, dada à amplitude de discricionariedade de aplicação das sanções, recomenda-se a adoção de um viés mais objetivo dos parâmetros na esfera administrativa, além dos já incorporados pela lei e citados acima.

4.7.2 Publicação extraordinária da decisão

A segunda sanção prevista no art. 6º é a publicação extraordinária da decisão condenatória. O § 5º deste dispositivo impõe a forma como deve se dar a publicação da decisão condenatória e, acertadamente, determina que os custos da publicação sejam da pessoa jurídica sancionada. A norma ressalta que a publicação deve ser realizada em meios de comunicação de grande circulação, prevendo, inclusive a “afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores”⁷².

⁷¹ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 6º, I.

⁷² BRASIL. *Ibidem*. Art. 6º, § 5º.

É importante pontuar que haja vista o caráter sancionatório da publicação infere-se que todo o procedimento deve correr em sigilo. “Afinal, se a publicação da decisão tem natureza jurídica de sanção, a publicidade dos atos do processo administrativo constituir-se-ia em verdadeira antecipação de pena”⁷³. A manutenção do sigilo é de fundamental importância para celebração de acordos de leniência, pois só assim as empresas que colaborarem não ficarão comprometidas. Ademais, será interessante acompanhar aplicação disso em nosso país, uma vez que aqui não é incomum vermos a divulgação pela imprensa de fatos de determinada investigação ou processo, supostamente sigilosos.

Os parágrafos 1º, 2º e 3º trazem algumas outras considerações importantes. No § 1º, dispõe-se a obrigatoriedade de fundamentação das sanções e aponta que as sanções podem ser aplicadas, “isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações”⁷⁴. No processo administrativo, a motivação da sanção é posto como elemento essencial à validade da decisão. Já o § 2º, antes da decisão, exige-se a manifestação jurídica da Advocacia Pública ou qualquer outro órgão de assistência jurídica equivalente do ente público.

No § 3º é disposto que em qualquer hipótese a aplicação das sanções não excluirá a reparação integral do dano causado. Saliento que o dano ao patrimônio público é imprescritível, conforme asseverado pela carta magna de 1988 que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”⁷⁵. O § 6º, o qual limitava o valor da multa ao valor total do bem, serviço ou contrato objeto da conduta ilícita da pessoa jurídica, foi vetado pela Presidência da República. Justificou tal veto no fato de a limitação da penalidade poder tornar a norma insuficiente para punir efetivamente os infratores, colocando em risco sua eficácia, e desestimulando futuras infrações.

⁷³ PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 72.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 6º, § 1º.

⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37, § 5º.

4.7.3 Dosimetria

O art. 7º da Lei Anticorrupção estabelece os critérios que são levados em consideração na aplicação das sanções previstas no art. 6º, ajustando a sanção ao fato. O primeiro parâmetro apontado é a gravidade da infração, determinante para fixação da penalidade, buscando a congruência da sanção com o fato.

O segundo critério é o valor da vantagem auferida ou pretendida pela pessoa jurídica transgressora. Este valor não é igual necessariamente ao valor da lesão ou perigo sofrido pelo erário. A consumação da infração é, também, levada em consideração no ajuste da sanção. O inciso IV do referido artigo prevê como parâmetro o grau de lesão ou perigo desta.

A situação econômica do infrator é exposta no inciso VI do artigo, sendo considerado um parâmetro fundamental para atingir as condições particulares da pessoa jurídica infratora, não se restringindo apenas ao fato. O critério estabelecido pelo inciso IX, o qual diz que “o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados”⁷⁶, deve ser analisado em conjunto com o do inciso VI, por razão de quanto maior for o valor do contrato, maior será a reprovabilidade da conduta.

A colaboração da pessoa jurídica infratora para apuração das infrações é posta no inciso VII como critério de fixação da sanção. Portanto, observa-se que o legislador procurou recompensar aqueles que cooperarem com a apuração prevendo diminuição da sanção, enquanto quem dificultar a investigação pode ter a penalidade aumentada.

O inciso X do art. 7º foi vetado pela Presidência da República. O mesmo dispunha como critério para aplicação da sanção “o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo”⁷⁷. Entretanto, não se poder haver uma valoração da penalidade da pessoa jurídica infratora em função do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 7º, IX.

⁷⁷ BRASIL. *Ibidem*. Art. 7º, X.

4.8 Programas de *compliance*

O disposto no inciso VIII e parágrafo único do art. 7º da Lei nº 12.846/13 merecem um tópico apartado, dada sua importância e inovação. Estabelece-se que “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”⁷⁸ serão levados em consideração na aplicação das sanções administrativas a serem impostas à pessoa jurídica infratora.

A intenção do legislador foi incentivar as empresas ao adotarem programas de *compliance*. Esta expressão origina-se do verbo em inglês “*to comply*”, o qual significa cumprir as regras impostas. Pode-se definir *compliance* como o conjunto de medidas adotadas pelas companhias visando cumprir as exigências legais e regulamentares, além da adoção de princípios éticos e de integridade na própria empresa e em seus negócios.

O novo estatuto legal anticorrupção, seguiu as tendências internacionais do FCPA e do *UK Bribery Act*, além das Convenções internacionais, estipulando a atenuação da sanção diante da presença de um programa de *compliance*. A tendência global é que estes programas melhoram as práticas de governança corporativas das companhias, implantando padrões éticos às condutas da empresa e criando um melhor ambiente negocial; além de determinar regras éticas e jurídicas para nortear as relações negociais.

Conquanto, o diploma legal postergou a edição dos parâmetros de avaliação desses programas, prevendo, apenas, que seriam estabelecidos em regulamento pelo Poder Executivo Federal, conforme asseverado no parágrafo único do art. 7º. Logo, este dispositivo trará muitas polêmicas em sua aplicação, uma vez que não se definiram ao certo quais são os elementos necessários desses programas para se conferir a extensão do benefício à pessoa jurídica infratora.

Na falta de regulamento, as pessoas jurídicas estão se orientando pelo manual da OCDE, chamado de *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for*

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 7º, VIII.

Businesss, o qual traz parâmetros de boas práticas de ética, *compliance* e controle interno.

Esse manual enfatiza que um programa efetivo de *compliance* deve contemplar o comprometimento da alta direção da empresa com uma clara e transparente política anticorrupção, além de assegurar, entre os diversos níveis de empresa, autoridade e independência para o monitoramento do programa. Além disso, a empresa deve ter uma política clara sobre brindes, presentes, viagens, entretenimento, despesas, contribuições políticas, doações, patrocínios e também sobre pagamentos de facilitação.⁷⁹

Com a edição da Lei nº 12.846/13 espera-se uma maior adoção aos programas de *compliance*, principalmente daquelas empresas que não estão sujeitas ao FCPA ou outro regramento estrangeiro de combate à corrupção. Todavia, acredito que a norma seria mais eficaz se tivesse demonstrado quais seriam os benefícios conferidos as pessoas jurídicas infratoras, pois a implementação desses programas representa um custo significativo para as companhias. Assim, as empresas poderiam botar na balança a vantagem concedida e o custo, para tomar a melhor decisão de acordo com seus interesses.

Os órgãos responsáveis pela aplicação da norma, como a CGU, Controladorias e Corregedorias dos Estados e Municípios, deveriam editar, o quanto antes, manuais, semelhante ao da OCDE, para a implementação dos programas de anticorrupção e *compliance*, com intuito de estimular que as empresas que possuem negócios com o poder público adotem esses programas.

4.9 Processo administrativo

O capítulo do novo estatuto dedicado ao Processo Administrativo de Responsabilização é inovador em alguns pontos, dentre eles, a possibilidade de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, a obrigatoriedade de ciência do Ministério Público do processo administrativo, entre outros.

⁷⁹ PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.*, p. 77.

4.9.1 Competência

O diploma legal prevê em seu art. 8º que a instauração e o julgamento do processo administrativo serão realizados pela autoridade máxima de cada órgão público. A questão sobre qual é a autoridade máxima de cada órgão já está suficientemente discutida na doutrina, não ensejando maiores controvérsias.

No Poder Executivo, na administração pública direta, as autoridades máximas são: o Ministro de Estado, em nível federal; o Secretário de Estado, em nível estadual; e o Prefeito, em nível municipal. Já na administração indireta, a autoridade máxima será o presidente, ou equivalente, das empresas, autarquias e fundações de cada um desses órgãos. No Poder Legislativo, a autoridade máxima é a Mesa Diretora da casa. No Poder Judiciário, é o presidente de cada um dos Tribunais Federais e Estaduais, enquanto no âmbito do Ministério Público será o Procurador Geral da República e, nos Estados, o Procurador Geral de Justiça.

É tradição do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de instauração de processo administrativo de ofício ou mediante provocação, cabendo à autoridade máxima de cada órgão decidir, julgar e aplicar as sanções devidas. Ressalto que a denúncia anônima, por si só, não ensejará a abertura do processo administrativo, mas caso haja elementos capazes de formar a convicção da autoridade, inclusive os oriundos de notícia anônima, pode-se instaurar o procedimento. Contudo, caso a autoridade se baseie em propósitos ilegítimos, tanto a própria autoridade quanto o órgão pode ser responsabilizado. Logo, tem-se um juízo prévio da autoridade averiguando a motivação da abertura do processo, para que não haja problemas no futuro.

Nota-se, ainda, que o dispositivo garantiu o contraditório e a ampla defesa, visto que a instauração do processo administrativo traz consequências fáticas e jurídicas passíveis de questionamento pelo lesado. Todavia, há um debate acerca do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa, já que a decisão da primeira instância é proferida pela autoridade máxima, o reexame se daria pela a mesma?

O posicionamento do STF é de que duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, então, não se pode considerar nula uma decisão

administrativa sancionatória que não tenha sido submetida ao reexame. Conquanto, a partir da leitura das súmulas 346 e 473 do STF, podemos inferir que há possibilidade de reexame. Di Pietro assevera esse reexame será efetivado pela mesma autoridade que proferiu a decisão original; também diz que não haverá “pluralidade de instâncias quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial”⁸⁰.

4.9.2 Delegação

A possibilidade de delegação da competência para a instauração e o julgamento de processo administrativo de apuração da responsabilidade da pessoa jurídica foi prevista no § 1º, do art. 8º. Contudo, o texto legal pecou em não determinar o instrumento, a forma, o alcance e o eventual destinatário, sendo, assim, de difícil implementação. A única afirmação que pode ser inferida é que a delegação só pode ser realizada pela autoridade máxima do órgão lesado. Logo, se não houver norma que regule a questão da delegação de forma objetiva, não se terá parâmetro para efetiva aplicação desta. Alguns estudiosos acreditam que a intenção do legislador aqui foi de abrir a possibilidade para a regulamentação estadual e municipal da Lei Federal nº 12.846/13.

4.9.3 A Controladoria-Geral da União e os órgãos de controle interno

A Controladoria-Geral da União (CGU), no âmbito do Poder Executivo Federal, é órgão responsável pelo controle interno, auditoria pública, prevenção e combate à corrupção, defesa do patrimônio público, aumento da transparência da gestão, e pela ouvidoria. A carta magna prevê a necessidade da existência de um sistema de controle interno a ser constituído em cada poder. Tal necessidade é replicada nas Constituições Estaduais.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 635.

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.⁸¹

Os estados e municípios vêm criando órgãos responsáveis pelo controle interno, compostos por um corpo técnico qualificado para desenvolver investigações e atividades de inteligência no combate à corrupção, além das funções de auditoria, processamento disciplinar e correição.

O § 2º, do art. 8º dispõe que a CGU terá “competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei”⁸². Resolvendo, assim, a questão da delegação no âmbito federal. É importante frisar que a avocação de processo só será possível para o exame de sua regularidade ou correção no andamento do mesmo.

Portanto, a lei anticorrupção acabou dando uma nova função a CGU, de fiscalização da instauração dos processos pelas autoridades, bem como a inspeção dos andamentos processuais, do cumprimento dos prazos, das diligências, da instrução, e eventual negligência ou omissão dos técnicos. Espera-se que essa mesma lógica seja seguida na regulamentação da norma nos Poderes Executivos dos estados e municípios.

O art. 9º advém dos compromissos assumidos pelo Brasil como signatário da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a qual prevê que seus membros devem punir os nacionais que corrompam os agentes públicos estrangeiros. O referido artigo estabelece que compete a CGU a apuração, o processo e o julgamentos dos atos lesivos a administração pública estrangeira, sendo esta uma nova função para a Corregedoria.

⁸¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Art. 70.

⁸² BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 8º, § 2º.

4.9.4 Da condução do processo

A finalidade do processo administrativo é a decisão de fixar ou não sanção administrativa a determinada empresa. Para tanto, há instauração pela portaria de abertura, com a devida fundamentação, a qual pode ser contestada; depois, são tomadas as providências necessárias para apuração dos fatos na fase de instrução, com a produção de todos os meios de prova admitidos em direito. Passada a instrução, então, elabora-se um relatório com intuito embasar o juízo de convicção da autoridade máxima do órgão para tomar uma decisão. Contudo, o processo administrativo não termina após a decisão, só tem seu término com a aplicação da sanção e a publicação extraordinária da decisão condenatória com a comprovação do pagamento da multa ou da inscrição em dívida ativa.

Destaco que essa função do procedimento administrativo de reunir provas pode ser utilizada no embasamento da responsabilização civil da pessoa jurídica infratora na via judicial, fazendo às vezes do inquérito civil.

Segundo o novo estatuto legal, a conduta da pessoa jurídica infratora pode gerar indenização a ser apurada em processo judicial. E não só o dano tangível, do descumprimento das obrigações ou contratos, será considerado, mas também o dano intangível, das relações entre o administrador e o administrado. Abriu-se, assim, espaço para apuração de dano à imagem e moral dos órgãos da administração pública; tal inovação será um desafio para o ordenamento jurídico pátrio. Ressalto, ainda, que a norma em seu art. 13 prevê que “a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei”⁸³.

No processo administrativo, a apuração da responsabilidade da companhia infratora será realizada por comissão composta por pelo menos 2 servidores estáveis, conforme designação da autoridade instauradora, com até 180 dias para “apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas”⁸⁴. Este prazo poderá ser prorrogado mediante apresentação de ato fundamentado da

⁸³ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 13, *caput*.

⁸⁴ BRASIL. *Ibidem*. Art. 10, § 3º.

autoridade instauradora. Além disso, é concedida a pessoa jurídica processada 30 dias, a partir de sua intimação, para elaboração de sua defesa, consoante o disposto no art. 11.

O § 2º, do art. 10 trata da possibilidade da suspensão cautelar dos efeitos do ato ou processo sob investigação, a qual se dará quando houver a celebração de um acordo de leniência. A norma autoriza, também, a solicitação em juízo de medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações. Dentre essas medidas, pode-se citar a de quebra do sigilo bancário, sigilo fiscal, e a de busca e apreensão.

4.10 Desconsideração da personalidade jurídica

O diploma legal em seu art. 14 assevera que a desconsideração da personalidade jurídica só poderá ocorrer quando “utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”⁸⁵. O objetivo da desconsideração é de estender as sanções aos administradores e sócios com poderes de administração da pessoa jurídica infratora, responsabilizando-os e alcançando seus patrimônios, em vez de atingir a personalidade jurídica. Cabe ressaltar que o dispositivo trata da desconsideração no âmbito do processo administrativo, logo, não é necessária uma análise judicial prévia, para que sejam aplicadas as sanções do art. 6º da norma.

O art. 50 do Código Civil traz a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica possibilitando a aplicação desse instituto, não só nas relações de consumo, como dispõe o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, mas também em qualquer área do Direito em estejam presentes os seus requisitos.

As sanções aplicadas no processo administrativo só alcançam os administradores e sócios com poderes de administração, conforme delimitado pela lei, não atingindo o patrimônio dos demais sócios da pessoa. Todavia, acredito ser possível a aplicação do instituto da desconsideração como preconizado no Código

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 14, *caput*.

Civil, deste modo à responsabilização não seria delimitada aos sócios com poderes de administração.

4.11 Do conhecimento do Ministério Público

O art. 15 da Lei nº 12.846/13 prevê que a comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica deverá dar ciência ao Ministério Público da existência do procedimento administrativo, após a conclusão da apuração dos eventuais delitos, independentemente da decisão do processo.

A autoridade pode em qualquer momento dar ciência ao parquet sobre a instauração do procedimento. No entanto, ao tomar conhecimento, o Ministério Público pode propor ação civil para responsabilização judicial da pessoa jurídica pelos atos lesivos à administração pública, consoante o exposto no art. 19 da norma.

4.12 O Acordo de Leniência

Embora no resto do mundo o instituto do acordo de leniência já esteja bem difundido, no Brasil este só chegou com a Lei nº 10.149/00, a qual o instituiu com aplicabilidade nas infrações de caráter econômico e concorrencial. O termo leniência deriva do latim *lenitate*, que significa brandura. Então, o acordo de leniência é uma espécie de delação premiada, no qual haverá a colaboração de um infrator para apuração de todas as nuances da infração, como, por exemplo, a indicação dos autores e partícipes.

Contudo, esse instituto encontra resistência em nosso ordenamento, por razões de ordem cultural e da tradição jurídica brasileira. O delator aqui é visto como um traidor, não sendo valorizado. Diferentemente do que ocorre no direito americano, no qual a delação premiada vem sendo utilizada, em grande parte, pelas pessoas físicas, enquanto os acordos de leniências têm sido aplicados com eficiência no mundo corporativo.

Em 1993, foi criado nos Estados Unidos da América o Programa de Leniência Corporativa (*Amnesty Program*), que contempla a concessão automática de leniência caso não haja conhecimento e investigação do delito antes da livre manifestação da empresa. Permite-se, também, a concessão de leniência após o início da investigação, garantido imunidade penal a diretores e funcionários dispostos a colaborar com as autoridades americanas.

De todo modo, passemos a análise do programa de leniência instituído pela Lei nº 12.846/13, mesmo que esse possua um alcance limitado, já demonstra uma tendência do ordenamento pátrio de alinhamento a esse instituto tão adotado em outros países do mundo.

4.12.1 Requisitos para a celebração do acordo

A partir da leitura do art. 16 e de seus parágrafos, percebe-se que para a celebração do acordo de leniência tem que se atender alguns requisitos, cumulativamente, que são:

- a) Colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo;
- b) A colaboração deve possibilitar a identificação dos demais envolvidos na infração, quando for o caso, e fornecer informações e documentos que comprovem o ilícito em apuração;
- c) A pessoa jurídica deve ser a primeira, dentre as infratoras, a manifestar seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
- d) A pessoa jurídica deve cessar todo seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
- e) A pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito e cooperar irrestritamente com as investigações e o processo administrativo, inclusive, comparecendo a todos os atos processuais, quando solicitada e sob suas expensas, até seu encerramento.

4.12.2 Quem pode celebrar o acordo de leniência

O *caput* do art. 16 dispõe que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública é quem pode celebrar o acordo de leniência com as pessoas jurídicas infratoras. Conquanto, tal dispositivo não tratou sobre a delegação, logo, infere-se que esta não é admitida.

No âmbito federal, consoante às disposições do § 10 do art. 16, nos casos de atos lesivos a administração pública estrangeira, o órgão competente para celebrar os acordos de leniência será a CGU. Observa-se, ainda, que poderá haver a celebração de acordo de leniência pela administração pública, diante a prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, como previsto nos arts. 86 a 88 desta norma.

4.12.3 As consequências do acordo de leniência

Talvez esse seja o ponto mais nefrágico da Lei da Empresa Limpa, uma vez que o § 2º, do art. 16, determinou que a celebração do acordo de leniência só isentará as sanções previstas no inciso II do art. 6º, publicação extraordinária da decisão condenatória, e do inciso IV do art. 19, “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”⁸⁶, pelo período de 1 até 5 anos. Bem como, previu-se a redução de até dois terços do valor da multa, do art. 6º, inciso I, mediante a celebração do acordo.

Logo, todas as demais sanções previstas na lei anticorrupção, como, por exemplo, perdimento de bens e dissolução compulsória da pessoa jurídica, entre outras, poderão ser normalmente aplicadas, embora haja a celebração do referido instituto. Cabe ressaltar que conforme a redação do § 3º do art. 16, a obrigação da reparação integral do dano causado não será eximida pelo acordo de leniência.

Não se tem certeza que no futuro a leniência irá alcançar um número significativo de acordos no Brasil. Todavia, percebe-se que nosso ordenamento vem tentando acompanhar a tendência global de realização dos acordos de leniência e

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 19, IV.

de delação premiada, a fim de incentivar a participação das companhias conferindo benefícios e isentando-as de qualquer sanção, ressalvado o dano ao patrimônio público. Por exemplo, na esfera penal, houve a promulgação da Lei nº 12.850/13, nova Lei sobre as Organizações Criminosas, a qual prevê tal instituto.

A redação do § 6º do art. 16 da lei anticorrupção traz que a proposta de acordo será mantida em sigilo até sua efetivação, ressalvada as hipóteses de interesse das investigações e do processo administrativo. Conjuga-se com este dispositivo, o § 7º, o qual determina que a rejeição da proposta de acordo de leniência não trará nenhum prejuízo a pessoa jurídica, não importando no reconhecimento da prática do ato ilícito. Isso representa uma garantia essencial para que haja a celebração dos acordos

4.12.4 Efeitos do acordo de leniência para o grupo econômico

O § 5º do diploma legal trata da extensão dos efeitos do acordo de leniência “às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas”⁸⁷. Como já exposto, grupo econômico é um conjunto de empresas que atuam em sincronia para atingirem uma maior eficiência em sua atividade. Tendo em vista, sua interdependência, principalmente do ponto de vista financeiro, nota-se que o legislador acertou ao prever essa possibilidade.

4.12.5 Descumprimento e reiteração do acordo de leniência

A hipótese de descumprimento do acordo de leniência é prevista no § 8º do art. 16. Pela análise sistemática da lei, a quebra dos requisitos para celebração do acordo ou o descumprimento de qualquer um dos termos do instituto podem resultar na suspensão dos benefícios conferidos à pessoa jurídica colaboradora. Caso haja o descumprimento por parte desta, não mais se terá o benefício da confidencialidade da proposta e da ausência de prejuízos. Além de ficar impedida de realizar novo

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 16, § 5º.

acordo por 3 anos, contados a partir do conhecimento da administração pública do descumprimento.

Mesmo com a quebra do acordo, todas as informações e documentos terão plena validade e poderão ser utilizados no processo administrativo contra a pessoa jurídica infratora e os demais implicados no ato lesivo à administração pública. Deslumbra-se, ainda, que a norma pressupõe a interrupção do fluxo do prazo prescricional dos atos ilícitos, mediante a celebração do acordo de leniência.

4.13 Responsabilização Judicial

A Lei nº 12.846/13 estabelece a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos a administração pública. O art. 18 em seu *caput* consubstancia que a responsabilidade administrativa não afasta a possibilidade de responsabilização judicial, logo, não há bis in idem na aplicação dos mesmos fatos as sanções previstas no art. 6º e 19. Estas, inclusive, possuem natureza civil e só poderão ser aplicadas após o trânsito em julgado da decisão judicial. No entanto, nos termos do art.475-I do Código de Processo Civil, admitisse a execução provisória.

4.13.1 Legitimação ativa

Na Lei Anticorrupção só possuem legitimação ativa para o ajuizamento de ação civil as Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além do Ministério Público. Diferentemente do que acontece na Lei de Improbidade Administrativa, cuja propositura da ação civil é admitida por qualquer das entidades do seu art. 1º. Conquanto, friso que o parquet pode ser provocado por qualquer pessoa, que irá analisar se caberá ou não a proposição da ação.

4.13.2 Sanções

O inciso I do art. 19 prevê a sanção de “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”⁸⁸. Para fins de aplicação desta penalidade, vigoram os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, e exigência de correlação entre a vantagem obtida e o valor da sanção imposta. Não esquecendo que a vantagem ou proveito deve ser analisado de acordo com o caso concreto.

A suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica infratora é outra sanção de natureza civil prevista na Lei Anticorrupção. Essa interdição deve ter correlação com o ato lesivo praticado pela pessoa jurídica infratora. Além de que essa medida tem que ser necessária, no sentido de impedir a perpetuação da conduta nociva ao interesse público.

O inciso III dispõe sobre a dissolução compulsória da pessoa jurídica, uma das sanções mais graves do novo diploma, devendo ser adotado somente em casos extremos. Não se pode confundir esta com a desconsideração da personalidade jurídica, na qual só se busca alcançar o patrimônio dos administradores ou sócios com poderes de administração mantendo a pessoa jurídica. Pela gravidade da sanção, o texto legal trouxe algumas condicionantes no § 1º, só sendo admissível quando a personalidade jurídica for “utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos”⁸⁹ ou “constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”⁹⁰.

A última das sanções prevista no referido artigo é de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”⁹¹, pelo período de 1 até 5 anos. Essa medida é menos abrangente do que a prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, não se referindo a possibilidade de

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 19, I.

⁸⁹ BRASIL. *Ibidem*. Art. 19, § 1º, I.

⁹⁰ BRASIL. *Ibidem*. Art. 19, § 1º, II.

⁹¹ BRASIL. *Ibidem*. Art. 19, IV.

contratação com o poder público, de participação de licitações e de contratação direta, nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

As sanções do art. 19 podem ser fixadas de forma isolada ou cumulativa, desde que pautadas nos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Constatase, ainda, a possibilidade de os legitimados ativos da ação de responsabilidade civil da pessoa jurídica por atos lesivos à administração pública requererem a “indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé”⁹².

Saliento que o § 2º do art. 19, que dispunha que a aplicação das sanções previstas nos incisos II a IV do caput deste artigo dependeriam da comprovação de culpa ou dolo foi vetado pela Presidência da República. Uma vez que contrariava toda a lógica do texto legal de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública.

O art. 20 prevê a possibilidade de imposição das sanções do art. 6º, sem prejuízo das previstas no art. 19, desde que a ação tenha sido ajuizada pelo Ministério Público e se comprove a omissão das autoridades competentes para a promoção da responsabilidade administrativa. Entretanto, discussões serão suscitadas a respeito de como caracterizar essa omissão.

4.13.3 Rito processual

O rito processual adota para as ações de responsabilização judicial é o da Lei nº 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública, consoante o disposto no art. 21 da Lei Anticorrupção. Fixa-se, então, o local onde ocorreu a prática do ato lesivo à administração pública como foro para o ajuizamento da ação. Adverte-se, ainda, que “a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado

⁹² BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 19, § 4º.

pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença⁹³.

4.14 Dos cadastros de empresas e sua representação

O art. 22 da Lei nº 12.846/13 cria o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), o qual publicitará todas as sanções, previstas nesta lei, aplicadas pelos órgãos ou entidades do poder público, em todas as esferas de governo. Cabendo a estes órgãos informar e manter atualizados o referido cadastro.

O cadastro será operacionalizado na forma prescrita no diploma legal. Devendo as autoridades competentes para celebração de acordos de leniência informar os termos deste, após sua efetivação, ressaltando-se, apenas, os casos que tal informe prejudique as investigações e ao processo administrativo. O descumprimento dos acordos deverá, também, ser informado ao CNEP.

Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora⁹⁴

Já o art. 23 preconiza a manutenção do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), mantido pela CGU, com a finalidade de consolidar a relação de empresas e pessoas físicas que sofreram alguma sanção que implique restrição à participação de licitações ou celebração de contratos administrativos. Nesse cadastro, constam, ainda, as sanções aplicadas pela Lei de Licitações, Lei de Improbidade Administrativa, Lei Eleitoral e Lei do Pregão, além das declarações de idoneidade emitidas pelo Tribunal de Contas da União.

⁹³ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 21, parágrafo único.

⁹⁴ BRASIL. *Ibidem*. Art. 22, § 5º.

4.15 Da destinação dos valores arrecadados

A norma assevera que a destinação da multa e dos bens arrecadados em função da aplicação das sanções será preferencialmente para os órgãos ou entidades públicas lesadas. O uso do termo “preferencialmente” busca dar uma maior elasticidade a destinação desses recursos, podendo ser destinados a outras entidades, que não as prejudicadas, e até mesmo ao tesouro da União, dos Estados ou dos Municípios. Essa escolha deve ser tomada levando em consideração os princípios da razoabilidade, primazia do interesse público e economicidade.

4.16 Prescrição

As infrações prescritas na Lei da Empresa Limpa prescrevem em 5 anos, contados a partir da data de ciência da infração, conforme prescrito em seu art. 25. Assevera-se que, nos casos de infração permanente ou continuada, o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional é do dia em que a infração tiver cessado.

Segundo o diploma legal, ocorrerá à interrupção da prescrição, tanto na esfera administrativa quanto na civil, com a instauração de um processo, cujo fim seja a apuração da prática de ato lesivo à administração pública. Relembro, ainda, que na hipótese de celebração de acordo de leniência haverá a interrupção do prazo da prescrição, consoante disposição do § 9º do art. 16; e caso haja descumprimento do acordo, o prazo voltará a fluir normalmente.

4.17 Representação das pessoas jurídicas

O art. 26 dispõe sobre as formas de representação da pessoa jurídica infratora no âmbito de um processo administrativo. O *caput* determina que a pessoa jurídica seja representada no modo que seu estatuto ou contrato social dispuser. Conquanto, como as sociedades de fato e as não personificadas podem ser sujeitos ativos dos atos ilícitos contra a administração, o legislador prescreveu que a pessoa que administrar os bens dessas sociedades é quem deverá representar a mesma

em processo. Já no tocante a pessoa jurídica estrangeira, a representação desta ficará a cargo do “gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil”⁹⁵.

4.18 Responsabilidade das autoridades

A norma afirma que caso a autoridade competente tenha consciência dos atos lesivos à administração e não tome nenhuma providência para a apuração dos mesmos, a autoridade deverá ser responsabilizada nas esferas penal, civil e administrativa nos termos da legislação específica aplicável. Essa responsabilização não prescinde da presença do elemento subjetivo para caracterização da infração, bastando-se a constatação da conduta omissiva do agente público.

4.19 Fato ocorrido no exterior

O art. 28 dispõe que a Lei nº 12.846/13 é aplicável mesmo que a prática dos atos lesivos contra a administração pública estrangeira, praticados pela pessoa jurídica brasileira, se dê no exterior. Esse dispositivo visa atender os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção.

4.20 Independência das sanções e competências

A independência das sanções e das competências é reafirmada nos arts. 29 e 30 da Lei Anticorrupção. As competências do Ministério da Fazenda e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para o processo e julgamento de fatos que constituam infrações à ordem econômica são reafirmadas. Além da ressalva expressa do legislador indicando a independência das sanções ao dispor que os processos de responsabilização e aplicação de penalidades da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei de Licitações não serão afetados pela aplicação das sanções

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 12.846/13. Art. 26, § 2º.

da Lei nº 12.846/13. Observa-se, portanto, que as normas citadas devem ser interpretadas de maneira complementar, uma servindo de suporte para a interpretação da outra, não devendo haver exclusão de disposições.

CONCLUSÃO

Vivemos numa época em que a corrupção chegou a níveis impensáveis no passado ou apenas ela se tornou mais conhecida, pela atuação da mídia e pelos esforços das autoridades para reprimi-la? Não tenho dúvidas de que tudo cresceu; a corrupção ganhou formas e alcance inéditos, assim como sua denúncia e repressão. Hoje, ela é considerada um fenômeno transnacional, fruto da intensa globalização e que precisa ser combatida por todos os países.

Nesse contexto, a edição da Lei nº 12.846/13 atendeu aos compromissos internacionais decorrentes de convenções ratificadas pelo Brasil, as quais estabeleceram regras de repressão à corrupção.

Ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, a nova Lei Anticorrupção representou um avanço, tendo a sociedade mais uma arma no combate à corrupção. Não sendo necessária a comprovação da intenção dos dirigentes ou donos das empresas em lesar a administração, nem a efetiva aferição do benefício gerado pelo ato ilícito. Bastando evidenciar-se a conduta e o dano, ou tentativa deste, e a existência do nexo de causalidade entre a referida conduta e o dano.

Fechou-se, assim, uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro ao tratar diretamente responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas infratoras, permitindo a punição das empresas que corrompem agentes públicos, fraudam licitações e contratos, ou dificultam atividade de investigação e fiscalização de órgãos públicos, entre outras irregularidades.

Contudo, tal diploma legal não previu a responsabilização penal. Não havendo um sistema uniforme e eficaz de responsabilização administrativa, civil e penal das pessoas jurídicas. Logo, deve-se sair da sombra da responsabilização penal apenas das pessoas físicas e começar a responsabilizar as pessoas jurídicas nas esferas administrativa, civil e penal, para que estas não saiam impunes e respondam pela prática de seus atos ilícitos nas três esferas.

Na análise desenvolvida da legislação brasileira anticorrupção, a uma primeira vista, pode se achar que esse conjunto de normas caracterizaria um sistema legal anticorrupção. No entanto, para ser um sistema é necessário que as normas formem um todo organizado e sejam regidas por um princípio norteador, o que não ocorre em nosso ordenamento. Os diplomas legais anticorrupção que possuímos contém superposições, e até mesmo contradições, que impedem o seu reconhecimento como um sistema. Conquanto, essas normas coexistem em nosso Direito, dado seus fins de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, sendo possível, futuramente, ensejar uma consolidação que vise à sua sistematização.

Ressalto, entretanto, mesmo que as leis analisadas nesse estudo não constituam um sistema devem ser interpretadas de forma complementar, para que os princípios e definições constantes em algumas sejam utilizados na interpretação de outras. Para exemplificar essa complementariedade, relembro que a definição de agente público a ser utilizada na Lei nº 12.846/13, é a prescrita na Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, o conjunto de normas presentes em nossa legislação deve ser avaliado, inclusive de forma crítica, a fim de que se possa caminhar na formação de um sistema jurídico anticorrupção, o qual preveja a responsabilização, de maneira eficaz e eficiente, das pessoas jurídicas nas esferas administrativa, civil e penal.

Uma das maiores inovações da Lei da Empresa Limpa é a possibilidade de celebração de acordos de leniência, todavia este instituto deve trazer alguns problemas quanto à imprecisão do seu alcance diante das várias possibilidades sancionatórias no ordenamento jurídico pátrio para a prática de um único fato. Na formação de cartel, por exemplo, além das sanções relativas às infrações de natureza concorrencial e administrativa, nas quais é admitido o instituto, é possível, também, a responsabilização penal pela nova Lei de Organizações Criminosas, bem como não se podem excluir as sanções enunciadas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção.

Cabe salientar que cada sanção possui natureza jurídica e alcance diverso, porém só haverá viabilidade de celebração do acordo de leniência, desde que o

benefício que a pessoas jurídica, colaboradora do Poder Público, receba seja interessante e significativo. Além disso, tem que se quebrar a visão da cultural brasileira que põe o delator como traidor, não sendo valorizado por sua colaboração.

Nesse mesmo panorama, tem-se o fato de que a disseminação dos programas de *compliance* dependerá das vantagens que esses programas irão oferecer as pessoas jurídicas que o adotarem, visto que o custo de implementação desses programas é elevado. Até o presente momento, não se definiu quais seriam exatamente essas vantagens e nem se editou os parâmetros de avaliação desses programas.

No âmbito do Direito Penal, os institutos da colaboração premiada, da possibilidade de infiltração e da ação controlada são inovações trazidas pela nova Lei de Organizações Criminosas, Lei nº 12.850/13, as quais devem ser utilizadas conjuntamente com os institutos da Lei de Anticorrupção.

Deve-se observar que enquanto algumas superposições de normas anticorrupção não forem resolvidas, talvez não se tenha uma plena aplicação da Lei nº 12.846/13. Não havendo, assim, um aumento notável na confecção dos acordos de leniência, ou mesmo da implementação dos programas de *compliance*, no âmbito de empresas nacionais não sujeitas à aplicação de normas estrangeiras, como FCPA e *UK Bribery Act*.

Quase um ano após a entrada em vigor do novo estatuto anticorrupção, este se encontra, ainda, em amadurecimento, já que são necessários ajustes, legais e de interpretação. Devendo o Judiciário exercer sua função de interpretar a norma, suprir as lacunas e afastar as incongruências. A título de exemplo, o próprio FCPA demorou alguns anos para ter sua efetiva aplicação.

A implantação da Lei da Empresa Limpa demonstrou, portanto, um alinhamento a tendência global de combate à corrupção, compatibilizando o ordenamento pátrio com os compromissos internacionais assumidos. Todavia, é evidente que a aplicação de alguns preceitos dessa norma, como à instituição do *compliance* e da leniência, irão ocasionar algumas polêmicas e encontraram certa resistência cultural.

Evidencio, ainda, a importância conferida por esse diploma aos órgãos de controle interno, tal como a CGU, e as Corregedorias e Controladorias Estaduais e Municipais, além do Ministério Público. Estes passam a ter mais um instrumento importante na luta contra as práticas corruptas.

Segundo a terceira avaliação de implementação da Convenção da OCDE⁹⁶, divulgada em 29 de outubro de 2014, o Brasil tem avançado nas iniciativas de combate à corrupção em geral e, também, na questão do suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. A entrada em vigor, 29 de janeiro deste ano, da Lei da Empresa Limpa representou um importante passo nesse sentido. Ressaltou-se o papel da CGU na divulgação da nova norma e no incentivo a adoção de programas de *compliance*.

O relatório da OCDE fez algumas recomendações para que possamos nos aperfeiçoar na luta contra a corrupção. Dentre elas, cito: a adoção de proteção ao denunciante para trabalhadores do setor privado que denunciarem casos de suborno; o aumento da detecção, investigação e repressão do suborno estrangeiro; e a garantia para que pessoas jurídicas sejam devidamente responsabilizadas em casos de lavagem de dinheiro.

Além de destacar positivamente o aumento do número de cooperações do governo brasileiro com outros países nas investigações, resultando num crescimento dos números de casos apreciados pelo Judiciário. Bem como, uma intensificação dos esforços de cooperação com organizações empresariais e sociedade civil, para divulgação de preceitos de ética, integridade, denúncia e prevenção à corrupção. E, o aumento do número de processos judiciais, mesmo que baixo.

Conquanto, o ponto que merece maior destaque nessa avaliação é a cobrança da edição do decreto regulamentador. A Lei nº 12.846/13, ainda, não teve promulgada sua regulamentação, o que tem atrasado sua aplicação. Com isso, as sanções não podem ser aplicadas efetivamente, pois podem ser facilmente contestadas. A demora do Decreto a nível federal, o qual ainda está em análise no

⁹⁶ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2014/10/ocde-destaca-iniciativas-brasileiras-de-combate-a-corrupcao-empresarial-e-internacional>>. Acesso em: 02/11/14.

governo, dificulta que Estados e Municípios façam suas próprias regulamentações e definam quais serão os órgãos responsáveis pela efetivação da norma.

O decreto deverá dispor sobre o processo administrativo, conduzido pelos órgãos públicos contra empresas acusadas de participarem de atos de corrupção. O procedimento envolve, por exemplo, os critérios para a definição e aplicação de multas para cada tipo de situação. A regulamentação definirá, também, os fatores atenuantes da punição, como, por exemplo, a existência de programas de *compliance*. Além disso, o decreto deverá dizer quais parâmetros esses programas precisarão obedecer. E deverá, ainda, dispor sobre as normas que deverão ser observadas por funcionários dos órgãos públicos para atualizar os dois cadastros relacionados à Lei Anticorrupção.

O Município de São Paulo foi o pioneiro na regulamentação desta lei federal, o prefeito da cidade paulista, Fernando Haddad, assinou, em 13 de maio de 2014, o decreto que regulamenta a aplicação da lei federal anticorrupção na cidade de São Paulo⁹⁷.

Não é fácil quantificar os valores que envolvem as práticas corruptas, afinal as partes envolvidas não costumam declarar os valores de seus negócios. Em outubro de 2011, a revista *Veja*⁹⁸ afirmava em matéria de capa que o custo da corrupção do Brasil chegava a mais de 82 bilhões de reais por ano. A confiabilidade dos números pode até ser questionada, no entanto não se pode negar o impacto financeiro da corrupção, sobretudo nas contas públicas. A *Cleangovbitz Organization*, organização intergovernamental que atua no âmbito da OCDE, calcula que os custos da corrupção chegam a 5% do produto bruto mundial, alcançando cerca de 2,6 trilhões de dólares. Apenas em subornos, calcula-se que se gaste mais que um trilhão de dólares anualmente⁹⁹.

O Brasil aparece em 72º lugar¹⁰⁰, das 177 nações avaliadas, no ranking de percepção de corrupção de 2013 da Transparência Internacional. Esse

⁹⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/prefeito-de-sp-assina-decreto-que-regulamenta-lei-anticorruptao.html>>. Acesso em: 02/11/14.

⁹⁸ Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/materia-de-capa-o-custo-da-corrupcao-no-brasil-r-82-bilhoes-por-ano/>>. Acesso em: 02/11/14.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>. Acesso em: 02/11/14.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>>. Acesso em: 02/11/14.

posicionamento serve como parâmetro internacional para investimentos do Banco Mundial, a fim de impedir que os créditos internacionais sejam utilizados de forma indevida por governos corruptos e comprometer os governos a assumirem medidas de combate à corrupção.

A percepção do tamanho da corrupção e da sua amplitude vem levando à despolíticação dos embates eleitorais nacionais, como se percebeu nas eleições de 2014. A discussão de ideias e propostas deu lugar a acusações e denúncias de escândalos de corrupção. Evidenciando, desse modo, o descrédito da atividade política. Os candidatos e até mesmo os eleitores se esquecem de que a corrupção é uma conduta desviada do ser humano, a qual acontece não só nas entidades públicas, mas também no meio privado, ocorrendo, inclusive, em todas as instituições e partidos políticos, independentemente do seu conteúdo ideológico.

A corrupção brasileira é caracterizada pela falta de punição, ao contrário de outros países, nos quais as punições são severas e eficientes. De modo que as pessoas ficam com muito mais receio de aplicar golpes e burlar as leis sabendo que provavelmente irão para a cadeia.

Segundo especialistas em política, a corrupção no Brasil é resultado de um Estado mal estruturado, cheio de burocracia e falhas de gestão. Para diminuí-la, é preciso reduzir os cargos públicos comissionados, reformar a legislação, oferecer pagamentos justos a todas as categorias profissional, e regular e fiscalizar todas as instituições do governo.

As práticas corruptas ameaçam à democracia, ao crescimento econômico e ao Estado de Direito. Dentro desse contexto, a criação de novas normas legais mais eficientes para o combate e repressão à corrupção é uma providência importante. Entretanto, não se vencerá essa batalha apenas com mera produção normativa, será necessária a aquisição de uma consciência democrática pela população brasileira e uma gradual participação desta, a fim de fiscalizar as instituições públicas, reduzir a conivência e, pouco a pouco, acabar com as práticas corruptas na sociedade brasileira como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Thiago Xavier de. *As possíveis causas da corrupção brasileira*.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13754>. Acesso em: 30/09/2014.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org.). *Corrupção, ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em

outubro de 2014.

BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção

sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de

1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>.

Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a

Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com

reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 3.164 de 1º de junho de 1956. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.850/13, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em outubro de 2014.

COSTA, Sylvia Chaves Lima. *Estudios sobre la corrupción, una reflexión hispano brasileira*. Ed. Universidad de Salamanca, 2013.

DALLARI, Adilson de Abreu; e FERRAZ, Sergio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed., São Paulo, 2011.

FAUSTO, Boris. *A corrupção na perspectiva histórica*. O estado de São Paulo, São Paulo, 19/07/2009. Disponível em:

<<http://arquivoetc.blogspot.com.br/2009/07/corruptcao-na-perspectiva-historica.html>>.

Acesso em: 02/10/2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*. 4 ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

GERBER, J.; JENSEN, E., *Encyclopedia of White Collar Crime*. Westport: Ed. Greenwood Press, 2007.

HANDELMANN, Heinrich. *História do Brasil*. Trad. Lúcia Furquim Lahmeyer. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo, 1982.

MUCHLINSKI, Peter T. *Multinational enterprises and law*. Malden: Blackwell, 1999.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Algumas considerações sobre técnicas inovadoras no combate à corrupção*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo horizonte: Editora UFMG, n. 57, jul-dez. 2010.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil*. In: Temas de Anticorrupção e Compliance, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMINA, Larissa L. O. *Ação Internacional Contra a Corrupção*. Curitiba, Jurá, 2008.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito Constitucional Positivo*, 35 ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

SOUZA, Sérgio Augusto G. P. de. *Considerações sobre a nova Convenção da ONU contra a corrupção*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5140/consideracoes-sobre-a-nova-convencao-da-onu-contra-a-corrupcao>>. Acesso em: 12/10/2014.