

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEI ANTICORRUPÇÃO

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

LARISSA MELO

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

Lilian Rose Lemos Rocha
Larissa Melo
Gabriel R. Rozendo Pinto

CADERNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEI

ANTICORRUPÇÃO

Organizadores:

Davi Beltrão de Rossiter Corrêa
Maria Fernanda Campos Rossiter
Ricardo Victor Ferreira Bastos

Brasília
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenadora

Lilian Rose Lemos Rocha

Projeto Gráfico

André Luís César Ramos

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: Lei anticorrupção / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha ; Larissa Melo ; Gabriel R.Rozendo Pinto ; organizadores, Davi Beltrão de Rossiter Corrêa ; Maria Fernanda Campos Rossiter ; Ricardo Victor Ferreira Bastos – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2018. 80 p.

ISBN 978-85-61990-85-5

1. Legislação Anticorrupção. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.35

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

APRESENTAÇÃO	04
DA CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO: BREVE ANÁLISE DE SUA SISTEMÁTICA COM A FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) EM CONTRATOS EMPRESARIAIS	07
<i>RENAN EMANUEL ROCHA MELO</i>	
ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS NA LEI 12.846/2013 SOB A PERSPECTIVA DA DEFESA EMPRESARIAL	20
<i>ANA REGINA MARQUES BRANDÃO</i>	
AS RELAÇÕES ENTRE COMPLIANCE E O PROGRAMA PROFIP	33
<i>VICTOR LIMA DUQUE ESTRADA</i>	
ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA: UM ESTUDO SOBRE AS SEMELHANÇAS ENTRE OS INSTITUTOS E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO CONJUNTA DESTES PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO	53
<i>LUIZ AUGUSTO CURADO JÚNIOR</i>	

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento quatro trabalhos que foram desenvolvidos como requisito de aprovação na matéria “Lei Anticorrupção” no curso de pós-graduação *lato sensu* sobre “Novas Tendências do Direito Público e Gestão das Políticas Públicas”. A orientação desses trabalhos foi direcionada sobre a temática do sistema anticorrupção brasileiro, tanto no seu aspecto preventivo quanto repressivo. Considero uma honra a possibilidade de apresentar esses trabalhos tanto pelo elevado nível de comprometimento acadêmico, quanto pela importante soma de conteúdo que trazem ao campo jurídico.

O primeiro artigo, “*Da Cláusula Anticorrupção: breve análise de sua sistemática com a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) em contratos empresariais*”, da autoria de Renan Emanuel Rocha Melo, dialoga com problemas práticos do atual sistema anticorrupção brasileiro. O artigo aborda o impacto da cláusula contratual anticorrupção tanto em contratos com a Administração Pública, como entre particulares. O texto traz uma importante análise, portanto, sobre a imposição de uma ética empresarial tanto pela regulação nacional apresentada pela Lei n.º 12.846 de 2013, quanto por legislações estrangeiras, dentre as quais o autor destaca o *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA).

A problemática exposta pelo autor busca informar o leitor sobre as exigências contratuais de criação de programas de integridade no âmago das empresas para atender ao requisito da cláusula anticorrupção, bem como sobre a exigibilidade, no Brasil, dessas normativas sejam elas nacionais ou internacionais. A análise proposta pelo autor é relevante e inovadora, na medida em que demonstra a exigibilidade de cláusulas baseadas em legislação estrangeira, mesmo que ambas as pessoas jurídicas contratantes não possuam sede ou base no exterior, desde que esteja estipulado no contrato a obrigatoriedade de atender aos parâmetros de integridade empresarial estipulados pela legislação estrangeira.

O segundo artigo, “*Uma Análise da responsabilidade das pessoas jurídicas na Lei n.º 12.846/2013 sob a perspectiva da defesa empresarial*”, de autoria de Ana Regina Marques Brandão, articula importantes conceitos da Lei Anticorrupção com o direito empresarial. O leitor vai encontrar nesse artigo uma apresentação, sob a ótica dos limites constitucionais impostos ao direito administrativo sancionador, das falhas do procedimento atual de responsabilidade e de como elas podem gerar danos consideráveis. A análise crítica realizada pela autora é especialmente importante por explicitar a função social das empresas e enfatizar os impactos da criminalização da atividade empresarial. O texto aborda a complexidade do problema quando demonstra como se impõe à atividade empresarial uma responsabilidade objetiva, quando as condutas descritas como corruptas pela Lei n.º 12.846 de 2013 não possuem uma definição clara.

O terceiro artigo, intitulado de “*As relações entre o Compliance e o programa PROFIP*”, de autoria de Victor Lima Duque Estrada, possui igual importância por demonstrar o espelhamento das exigências de integridade nas relações contratuais entre as empresas e a própria Administração Pública. O leitor encontrará nesse texto uma apresentação sobre o Programa de Fomento a Integridade Pública (PROFIP) como um plano de integridade, que se baseia em diretrizes de ética estipulados às empresas. O texto aborda, portanto, a formação da necessidade de regulações e de práticas de *compliance* no âmbito da Administração Pública brasileira, assim como demonstra o paralelismo das condutas preventivas e repressivas exigidas nos programas estatais e privados de integridade.

Sem menos importância, o último artigo apresentado nessa revista, de autoria de Luiz Augusto Curado Júnior, é intitulado de “*Acordos de leniência e de colaboração premiada: um estudo sobre as semelhanças entre os institutos e a importância da atuação conjunta destes para o combate à corrupção*”. O artigo aborda a relação entre o acordo de leniência ofertado pela Lei n.º 12.846 de 2013, para as empresas que tenha envolvimento com práticas de corrupção, e o instituto da colaboração premiada da Lei n.º 12.850 de 2013. O enfoque trazido pelo autor é feito sob o prisma da correlação entre os institutos e da possibilidade de complementação

na aplicação prática dos acordos. O texto possui conteúdo igualmente relevante sob a perspectiva de apontar os benefícios que podem surgir da conjunção dos acordos e por destacar, criticamente, as falhas no sistema de negociação das punições atualmente estipulado por essas normativas.

Os quatro artigos, por conseguinte, expõem questões intrigantes sobre a prática de *compliance* no Brasil e debatem pontos desafiantes sobre o atual sistema de anticorrupção brasileiro. A difusão do conhecimento e o exercício da análise crítica sobre os problemas enfrentados pela Administração Pública são essenciais para o desenvolvimento de novas formas de gestão pública que sejam mais eficazes. Os presentes artigos trazem ao leitor uma contribuição para refletir sobre as problemáticas relativas à aplicação da Lei Anticorrupção. Espero, nesse interim, que a leitura lhe seja tão estimulante quanto é interessante.

Abraços,

Larissa Maria Melo Ambrozio de Assis
Professora da pós-graduação em Direito do UNICEUB

DA CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO: BREVE ANÁLISE DE SUA SISTEMÁTICA COM A FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT (FCPA) EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

Renan Emanuel Rocha Melo¹

Resumo

O presente artigo é uma breve análise a respeito da cláusula anticorrupção que passou a ser adotada cada vez mais nos contratos firmados entre pessoas jurídicas empresariais, não apenas no trato direto com a Administração Pública (como em contratos administrativos), mas também nas relações particulares, principalmente com o advento da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção – LAC), que implicou em sanções sociais e financeiras pesadas caso inobservada. O teor da cláusula anticorrupção, entretanto, além de incluir os preceitos dessa norma pátria, passou a vigorar como uma de suas exigências a observância do Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (FCPA), como meio de adequação das empresas às vicissitudes do mercado internacional. É nesse ponto que se questiona a validade de se incluir a norma estrangeira na cláusula anticorrupção.

Palavras-chave: Cláusula anticorrupção. Compliance. Lei n. 12.846/13. FCPA.

Abstract

This article is a brief analysis of the anticorruption clause that has been increasingly adopted in contracts signed by business entities, not only in direct dealings with the Public Administration (as in administrative contracts), but also in private relations, especially with the advent of Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção - LAC), which entailed heavy social and financial sanctions if not observed. The content of the anti-corruption clause, however, in addition to including the precepts of that national norm, calls as one of its requirements the observance of the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA) as a mean of adapting the companies to the vicissitudes of the international market. It is at this point that the validity of including the foreign norm in the anti-corruption clause is questioned.

Keywords: Anti-corruption clause. Compliance. Lei n. 12.846/13. FCP.

¹ Renan Emanuel Rocha Melo é advogado e sociólogo formado pela Universidade de Brasília – UnB, atualmente faz pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, e-mail: advoc.renan.rocha@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n. 12.846/13, as empresas brasileiras passaram a ter uma preocupação maior em estabelecer critérios mais eficientes para prevenir e coibir a prática de atos ilícitos entre seus funcionários e agentes públicos, sobretudo naquele conjunto de atos que se classifica como corrupção, até para se adequarem a uma nova prerrogativa do comércio internacional, uma agenda que, como afirma ASSIS (2017, p. 49-75), influencia os Estados a regulamentarem e padronizarem a sua governabilidade, mais exatamente a interação entre seus respectivos Poderes Públicos e o funcionamento das atividades empresariais, seja em âmbito local ou no estrangeiro, no sentido de se afastar relações pessoais entre autoridades públicas e empresários que possam desequilibrar a concorrência e gerar distorções no mercado global.

Nesse viés, indo na mesma direção de outras nações como os Estados Unidos e seu Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (FCPA) e o Reino Unido com o seu Bribery Act de 2010 (UKBA), eis que o Estado brasileiro editou a Lei n. 12.846/13, também denominada de Lei Anticorrupção (LAC), que trata especificamente da responsabilidade objetiva civil e administrativa das empresas brasileiras, ou estrangeiras que atuem no território nacional, por atos que tenham praticado em contrariedade aos princípios éticos e de probidade da Administração Pública, mormente sob a forma de corrupção de agentes públicos para obtenção de vantagens empresariais indevidas. Essa responsabilidade, por ser objetiva, não perquire a culpabilidade da empresa, bastando apenas o ato lesivo ter sido praticado com ou sem sua anuência, mas a seu favor. Inclusive os indivíduos que atuarem em seu nome também serão responsabilizados, de forma subjetiva, na medida de sua culpabilidade.

Em suma, essa norma veio estabelecer no país um introito aos princípios empresariais éticos relativos a um programa de integridade, denominado de *compliance*, ainda que através de uma recalcitrante ameaça de sanções estatais, tais como multas e exposição pública perniciososa à imagem, às pessoas jurídicas empresariais. É, pois, o risco de entrar nesse turbilhão de pesadas sanções que se lhes

implica a adoção de uma gestão *interna corporis* que se adequa a um padrão ético já existente entre empresas situadas em países mais desenvolvidos, como os acima mencionados, com o fito de se evitar tais problemas, e isso tem consequências inclusive no trato negocial não apenas para com um Estado, mas entre as próprias sociedades empresariais. É por isso que se vê no Brasil a adoção cada vez mais comum da chamada cláusula anticorrupção nos acordos e tratativas avençadas entre elas.

Delinea-se, portanto, como objetivo deste pequeno artigo, tratar um pouco do que vem a ser tal cláusula anticorrupção dentro da negociação formal entre sociedades empresariais pátrias e como se adequa à realidade jurídica proveniente de normas como a FCPA, esta última, embora estadunidense, por vezes é incluída no bojo contratual por ser espécie de parâmetro ético internacional, até em razão de uma das partes possivelmente ter amplitude internacional (ex. empresa multinacional).

2 DA CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO E DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE (COMPLIANCE)

Acordos contratuais celebrados entre sociedades empresárias, notadamente as que atuam não apenas em âmbito nacional, mas também no estrangeiro, principalmente as que adotam procedimentos de *compliance* (integridade segundo normas de “boa governança”) para se adequarem ao novel cenário do comércio internacional, geralmente incluem uma cláusula denominada de anticorrupção, ou seja, uma disposição especial e condicional que estabelece para as partes um compromisso ético de não se envolverem, quaisquer delas, em atividades ilícitas relacionadas a obtenção de favores indevidos de autoridades públicas nos países em que exercem seu mister empresarial.

Isso se deve ao fato de que eventuais problemas detectados seja pelo próprio Estado, cujos agentes públicos tiveram relações ilícitas com uma das empresas para a obtenção de benefícios recíprocos, ou ainda por investigação de organismos internacionais a exemplo da OCDE (Organização para a Cooperação e

Desenvolvimento Econômico), possam prejudicar tanto o negócio jurídico avençado no acordo contratual, tornando-o inexecutável, quanto a própria imagem da outra empresa inocente, no âmbito do mercado interno e no internacional, como, a título de exemplo, evitar a queda do valor de suas ações emitidas nas Bolsas de Valores, ou evitar de ela mesma que passar pelo crivo de investigações por conexão, etc.

O teor, portanto, das cláusulas anticorrupção geralmente remonta ao conteúdo normativo proveniente de regulamentações estatais, ou limitações conforme propugna ASSIS (2017, p. 49-75), que impliquem em responsabilização da pessoa jurídica e de aplicação de sanções específicas, no sentido de gerar um compromisso de abstenção entre os contratantes de praticar o rol de condutas consideradas como corrupção no país em que atuam, como, por exemplo, aquelas mencionadas no art. 5º da Lei n. 12.846/13, ou ainda, como se disse na introdução deste artigo, ao FCPA estadunidense, por ser uma espécie de norma padrão internacional, até porque os Estados Unidos ainda assumem hodiernamente a posição central da economia mundial, notadamente no mercado de negociação de valores mobiliários (ex. NASDAQ), além de exigir de suas empresas locais e das estrangeiras que atuem em seu território (ou que possuem ações em suas Bolsas de Valores) o compromisso àquela sua norma anticorrupção.

Em termos mais tangíveis, pode-se citar como exemplos de cláusula anticorrupção aquela cujo teor expressa:

Para a execução deste contrato, nenhuma das partes poderá oferecer, dar ou se comprometer a dar a quem quer que seja, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de quem quer que seja, tanto por conta própria quanto por intermédio de outrem, qualquer pagamento, doação, compensação, vantagens financeiras ou não financeiras ou benefícios de qualquer espécie que constituam prática ilegal ou de corrupção, seja de forma direta ou indireta quanto ao objeto deste contrato, ou de outra forma a ele não relacionada, devendo garantir, ainda, que seus prepostos e colaboradores ajam da mesma forma.

Modelo esse extraído do Decreto n. 56.633/15 do Estado de São Paulo consoante disposição de contratos administrativos locais, ou ainda:

As partes declaram que não realizaram, prometeram ou autorizaram, direta ou indiretamente, inclusive por seus

diretores, gerentes, funcionários, representantes e agentes, pagamento de vantagem indevida a autoridades públicas que possa violar a legislação anticorrupção aplicável, incluindo, mas não se limitando, a Lei n. 12.846/13 e o Foreign Corrupt Practices Act de 1977. (SÃO PAULO, 2015)

Em ambos os casos exemplares acima, pode-se conter ainda cláusula auxiliar que determine que a inobservância da cláusula anticorrupção ensejar-se-á a rescisão contratual pela parte inocente, podendo ou não se incluir aí cláusula de antecipação de vencimentos (caso seja, por exemplo, contrato de mútuo), de reparação por perdas e danos emergentes ou lucros cessantes, e/ou ainda de cláusula penal (multas contratuais pelo descumprimento do acordo no tocante à postura ética exigida).

Como lembra Hagen (2016, p. 19) é importante, no entanto, que a cláusula anticorrupção seja realista, no sentido de que seu teor expresse uma possibilidade tangível de que quaisquer das partes contratantes, em particular sociedades empresárias, possam fiscalizar efetivamente o seu cumprimento pela outra parte, do contrário, estar-se-á diante de uma cláusula inócua e inexequível. Logo, é importante que as empresas que assim estipulem uma conduta ética específica de anticorrupção, além de apresentarem um *animus* de boa-fé recíproca, possuam programas de integridade (*compliance*) que forneçam certo grau de transparência para a parceira negocial, ou como chama aquele autor pela expressão “*Know your client*”. O ponto fundamental é que se mantenha a confiança entre as partes (HAGEN, 2016, p. 20), assim, é possível chegar a esse desiderato através de franquear as partes entre si o acesso a seus livros contábeis empresariais, Código de Ética, e demais informações.

A questão ganha contornos pertinentes quando se adentra no quesito do programa de integridade, que segundo as diretrizes propostas pela Controladoria-Geral da União (CGU, atual Ministério da Transparência), às sociedades empresárias pátrias, representa justamente as medidas anticorrupções por elas adotadas, servindo de fator atenuante em eventuais processos de responsabilização, que é, como se dissera, umas de suas principais preocupações, o que motiva a existência de parâmetros de controle interno tal como a cláusula anticorrupção em contratos avançados. (BRASIL, 2015, p. 5)

Nesse sentido, as diretrizes e políticas internas destinadas à prevenção, detecção e remediação de atos lesivos, consubstanciados na corrupção, contra a administração pública, nacional ou estrangeira, implicam em cinco pilares que fomentam e informam o programa de integridade (*compliance*): a) comprometimento e apoio da alta direção; b) instância responsável; c) análise de perfil e riscos; d) estruturação das regras e instrumentos; e) e estratégias de monitoramento contínuo (BRASIL, 2015, p. 6-7).

Em apertada síntese, esses pilares significam que a sociedade empresarial deve apresentar um corpo diretivo que zele pela postura ética, influenciando na conduta dos demais funcionários; que estabeleça um departamento responsável por assegurar o atendimento ao programa de integridade, apurando as irregularidades internas e tomando as devidas decisões a respeito das mesmas; capacidade de antever situações de riscos que poderiam desembocar em atos ilícitos de corrupção (ex. doações a institutos particulares pertencentes a agentes públicos políticos, etc.); também a presença de um código de ética e de conduta que estabeleça os valores da empresa e a postura esperada de seus funcionários, como eles devem reagir a determinadas situações; e o monitoramento contínuo da própria efetividade do programa de integridade, detectando falhas e possibilidades de aprimoramento. (BRASIL, 2015, p. 8-23).

Esse conjunto de fatores explica, nos termos alicerçados por Hagen (2016), a maior ou menor capacidade de atender uma sociedade empresária aos postulados de uma cláusula anticorrupção nos negócios jurídicos que firma, no sentido de ser capaz de coibir preventivamente ilicitudes que possam ser praticadas por seus funcionários, ainda que sem autorização do corpo diretivo, em conluio com agentes públicos. É a robustez do programa de integridade, a seriedade de sua consecução, que se correlaciona positivamente com a eficiência da cláusula anticorrupção.

Nesse toar, ressalta-se que Clayton (2013, p. 149-150), especialista na área de *compliance*, aponta ser normal que eventualmente a empresa precise se relacionar com uma autoridade pública, e dependendo do setor de suas atividades econômicas, essa dependência relacional fica mais evidente. No entanto, adotando essa empresa

um programa anticorrupção eficiente que detecte os riscos desse contato e que possa garantir a conformidade dos atos empresariais por ela adotados com as regulamentações e legislação vigente no país de sua atuação, bem como pelos costumes internacionais éticos na esfera negocial, isso preservaria sua imagem e reputação, não apenas para terceiros, mas para os próprios parceiros negociais.

Como aponta a autora, essa conduta e consequente cautela se fazem notórias e necessárias em países emergentes, como o Brasil, que figuram na posição de alto risco de corrupção na interação: empresa e autoridades públicas. Fato esse que demanda do programa de integridade (*compliance*) uma maior robustez e transparência possível, para que certas condutas empresariais tradicionais, como presentes, convites de entretenimento, financiamento de palestras, etc., não sejam mal interpretadas como o pagamento de propinas/suborno e evite-se aí um mal-estar entre dada empresa e seus parceiros negociais, afastando decisões precipitadas e temerárias que estes poderiam acabar tomando para enjeitar acordos firmados e desvencilharem-se suas imagens da imagem daquela. (CLAYTON, 2013, p. 152-155).

3 DA INTERAÇÃO DA CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO COM A FCPA

Ainda sob o contexto da cláusula anticorrupção, como se expusera através dos exemplos de teor, é possível que seja avençado entre as sociedades empresárias o compromisso ético de se observar a Foreign Corruption Practices Act de 1977 (FCPA), ou seja, norma estrangeira, ainda que o acordo contratual seja para o cumprimento de obrigações em solo brasileiro ou ainda entre pessoas jurídicas que não possuem quaisquer vínculos com os Estados Unidos. É, pois, como se afirmara, a FCPA serve de norma padrão para uma gestão de *compliance* entre empresas e entre estas e um Estado.

Nossa posição é que caso a cláusula anticorrupção faça uso de norma estrangeira, dever-se-á tutelar o referido negócio jurídico entre empresas nacionais através de normas do Direito Internacional Privado, por se tratar hodiernamente de parte do rol dos “bons costumes internacionais” nas questões comerciais, ainda que a eficácia daquela norma (FCPA) esteja claramente contida, visto que suas respectivas

sanções não teriam qualquer aplicabilidade fática no Brasil. Em outras palavras, se ambas as sociedades empresárias não possuem qualquer vínculo com os Estados Unidos, nem que fosse apenas negociando valores mobiliários em suas Bolsas de Valores, é por obviedade que o Departamento de Justiça ou a Comissão de Valores Mobiliários estadunidenses não teriam competência para impor qualquer determinação sobre o funcionamento delas.

Tendo isso em mente, postula-se que no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação do Direito Internacional Privado quanto às relações obrigacionais envolvendo empresas nacionais encontra-se respaldada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42), mais exatamente no art. 9º, *in verbis*:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, **admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.** § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente (grifo nosso). (BRASIL, 1942).

As normas contratuais a serem observadas, portanto, são a do lugar da celebração do negócio jurídico, com a possibilidade de se adotar normas mistas, isto é, tanto brasileiras quanto estrangeiras, com algumas ressalvas. Nesse sentido, nota-se que se a cláusula condicional atinente à qualificação das empresas exige delas atenção a um *compliance* de anticorrupção, de não se envolverem tampouco terem se envolvido com práticas de corrupção, pode-se interpretar se tratar de requisito extrínseco do ato negocial que se coaduna com a necessidade de observância à FCPA, muito embora as obrigações assumidas pelas sociedades empresárias sejam possivelmente executadas em solo brasileiro (§ 1º do art. 9º).

Por essa ótica jurídica, a cláusula anticorrupção teria suas exigências plenamente válidas, a ponto de ser possível e justificável uma das empresas, a inocente, acioná-la em desfavor da outra que embora atenda plenamente as normas pátrias como a Lei n. 12.846/13, deixe de atender as exigências particulares da FCPA, sobretudo as de conteúdo ético, quanto ao trato com agentes públicos. Pois, em

suma, a própria cláusula anticorrupção estaria estabelecendo as normas da FCPA como *conditio sine qua non* do contrato firmado, ainda que o dispositivo contratual só lhes faça menções genéricas. É aí que entra o programa de integridade das empresas, da capacidade de se adaptarem não apenas às normas locais brasileiras, mas também às normas estrangeiras, sejam elas a FCPA ou ainda a UKBA.

Ora, conforme expõem Greco Filho e Rassi (2015, p. 45-47), o FCPA proíbe a prática de qualquer ato consistente em oferecer, pagar, prometer o pagamento, ou autorizar o pagamento de qualquer dinheiro, ou oferta, presente, promessa de dar, ou autorizar a doação de qualquer coisa de valor a qualquer funcionário público estrangeiro, com o propósito de: influenciar qualquer ato ou decisão de atribuição deste; induzi-lo a descumprir seu dever legal; assegurar qualquer vantagem indevida; ou induzi-lo a influenciar decisão do governo ou de ramo da administração pública, de modo a ajudar a pessoa física ou jurídica a obter ou manter contrato/negócio para si ou consigo, ou direcioná-lo a qualquer pessoa (15 U.S.C. § 78dd-1, (a), (1)). Hipóteses que se aproximam muito daquelas instituídas no art. 5º da Lei n. 12.846/13, embora se destinem ao servidor público estrangeiro, mas o que vale, prontamente, é como se disse: o conteúdo ético de tais normas como requisito extrínseco do ato negocial.

Importa ressaltar que, conforme o Guia ao FCPA (2012, cap. 2., p. 10-35), promovido pelo Departamento de Justiça (DOJ) e pela Comissão de Valores Mobiliários (SEC) estadunidenses, em geral, a conduta das empresas em relação à corrupção é tratada de duas formas: 1) veda-se a prática dolosa de a empresa ou alguém em seu nome tentar subornar ou de fato pagar propinas, direta ou indiretamente, a agentes públicos ou ainda prometer ou efetuar pagamentos indevidos para partidos políticos, com a intenção de obter vantagens negociais injustamente, sejam estas bem sucedidas ou não; 2) necessário que a empresa seja transparente, mantendo livros de registros empresariais claros e fidedignos, além de um controle interno robusto. A não observância desses dois fatores ocorre a violação da FCPA pela empresa, acarretando, para o caso norte-americano, a sua responsabilização civil e penal.

Isso se deve, porque o FCPA se aplica, em tese, apenas às empresas com sede nos Estados Unidos ou que atuam no território americano ou ainda que emitem valores mobiliários no mercado local. Apenas por exceção, como se postulou para cláusula anticorrupção, é que se poderia exigir a sua observância, ao menos quanto ao seu conteúdo ético, para as empresas que não são e nem atuam nos Estados Unidos. Isso significa que embora não sejam perseguidas civil e criminalmente nos Estados Unidos, a conduta da empresa brasileira que violar os preceitos do FCPA pode ensejar a rescisão contratual através da funcionalidade e objetivos esperados de se apor uma cláusula anticorrupção com a norma estrangeira.

Esmiuçando um pouco mais o pensamento de Clayton (2013, p. 149-150) retratado anteriormente, bem como o Guia promovido pelo Departamento de Justiça estadunidense, importa explicar que o FCPA não proíbe a empresa de doar presentes, fazer convites a eventos, palestras, viagens e entretenimentos por ela patrocinados, etc. a agentes públicos, desde que não sejam atos proibidos pela legislação local e que não se afigurem como formas mascaradas de pagamentos de propinas, ou seja, que não sejam habituais e tampouco em elevada monta, devendo tudo ser devidamente registrado nos livros contábeis da empresa, sem quaisquer omissões.

Nessas diretrizes, algumas exceções são portanto admitidas pelo FCPA: 1) a legislação local fazer previsão permitindo o pagamento e concessão de benefícios e presentes pela empresa a agentes públicos, desde que em quaisquer casos sejam realizados de forma razoável; 2) doações à caridade, ainda que de elevada monta, mas que não interfiram na atividade de agentes públicos; 3) e “pagamentos facilitadores”, que são aqueles legais e rotineiros, necessários para a atividade de agentes públicos, como taxas de serviço público, contas de energia e telefone, etc., exceto se forem destinados a influenciar decisões discricionárias aptas a concederem vantagens negociais à empresa.

Todas essas exceções, no entanto, estão limitadas ao propósito do pagamento, que jamais poderá ser o de subornar para obter vantagens indevidas. Assim, verifica-se, de forma resumida, as restrições inerentes do FCPA quanto o alcance de sua

inclusão, por exigência ética, a uma cláusula anticorrupção nas tratativas envolvendo sociedades empresárias nacionais.

Entretanto, ante a existência de questionamentos, é importante frisar que o negócio jurídico firmado entre as empresas no Brasil deve promover-se pelo primado da boa-fé, principalmente na situação de haver dúvidas quanto a inobservância ética de uma das partes da norma estrangeira inclusa na cláusula anticorrupção. Em certo sentido, seria mais adequado a parte inocente aguardar uma apuração oficial preliminar (do Estado) que ateste a responsabilidade objetiva ou não da parte sob suspeita, principalmente se esta adotar um programa de integridade (*compliance*) eficiente e transparente, que permite àquela tomar medidas investigativas próprias (auditorias externas) antes de providenciar qualquer ato de rescisão contratual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A corrupção, como é consabido, gera distorções que impactam na atividade empresarial, favorecendo a concorrência desleal, superfaturamento e oportunidades restritas de negócio. Esses são uns dos motivos, além é claro das influências internacionais específicas como lembra Assis (2017), que impulsionam os Estados modernos a criarem mecanismos que coíbam tais práticas, não sendo diferente o caso brasileiro. Assim, ante esse contexto, veio a lume a Lei n. 12.846/13, também denominada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, prevendo a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas (empresas) que venham cometer atos lesivos em proveito próprio em detrimento da Administração Pública, seja ela nacional ou estrangeira. É justamente o receio das empresas que operam no país perpassarem pelas sanções pesadas previstas nessa norma que passaram a formular e adotar, paulatinamente, programas de integridade (*compliance*) e exigir de seus parceiros negociais a mesma postura, sobretudo por obrigação contratual através de cláusula anticorrupção.

É a aceitação desse compromisso que passa a indicar a seriedade ética e a capacidade técnica interna (como, por exemplo, a elaboração de códigos de ética e de

conduta, e de canais internos de apuração) de uma empresa diante do novo contexto que se apresenta, não apenas em âmbito local, mas também pelo próprio contexto internacional, evidenciando a mentalidade por trás de sua direção e dos negócios jurídicos que já avançou ou que pretende acertar. É a forma mais direta de se verificar como a empresa vem se comportando em seus negócios, se ela possui ou não vulnerabilidades que poderiam acarretar riscos a sua integridade negocial.

Indagações acerca das políticas empresariais costumeiras passaram a ser o meio comum: até que ponto o oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a agentes públicos é lícito e/ou moral? Bastaria apenas atenção às leis locais ou a empresa, para demonstrar toda sua seriedade, deve ao contrário construir um projeto de valores, de princípios éticos, que padronize sua conduta em todos os países em que venha possivelmente atuar? É por tais questionamentos que se enfatiza uma norma centralizadora, que possa servir de base exemplar para o que vem a ser considerado uma conduta conforme os “bons costumes” de probidade, que é a própria FCPA, considerada um modelo delineador de transparência a nível transnacional.

É nesse sentido que se verifica empresas nacionais exigirem em suas tratativas não apenas a observância de seus parceiros negociais das normas locais, como a Lei n. 12.846/13, mas também da FCPA, ainda que não tenham relações com os Estados Unidos (de onde se vislumbra a real aplicabilidade e reforço a essa norma). Seria uma espécie de adaptação ao novo cenário internacional construído em torno de um fetichismo às normas, e até, quiçá de forma exagerada, à cultura norte-americanas. Entretanto a explicação e a motivação tornam-se mais evidentes e simples quando se percebe a importância da economia estadunidense para o cenário mundial, o que, por obviedade, justifica o interesse de se incluir aquela norma nos acordos avançados exequíveis apenas localmente.

Existe, nesse contexto, a possibilidade de se exigir uma conduta das partes empresárias que se amolde à FCPA, ainda que sob a regência clara e quase que exclusiva de uma norma interna? Acreditamos que sim, com efeitos claros sob as negociatas que venham a ser realizadas, no sentido de que sua inobservância, desde

que constituída em uma cláusula anticorrupção, tem tanto efeito jurídico quanto o descumprimento de qualquer outra cláusula avençada. É basicamente esse o cerne deste pequeno artigo introdutório, em que se procurou postular e esmiuçar um pouco mais a sistemática da cláusula anticorrupção cada vez mais adotada nos contratos firmados não apenas entre uma empresa e o Poder Público, mas também entre particulares.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. *Corrupção, governança e governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collor e do mensalão no Supremo Tribunal Federal*. 2017. 224 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*. Brasília: CGU, 2015.

CLAYTON, Mona. *Temas de Anticorrupção e compliance: entendendo os desafios de compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Criminal Division of the U.S. Department Of Justice. U.S. Department of Justice. *FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 2012. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, Daniel Rossi. *O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de pessoas jurídicas: normas e organizações internacionais de combate à corrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

HAGEN, Andres. *Cláusulas anticorrupção: a necessidade de limitação e a eficiência para mitigar riscos*. 2016. 26 f. Monografia (Especialização em Direito Empresarial) - Insper, São Paulo, 2016.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS NA LEI 12.846/2013 SOB A PERSPECTIVA DA DEFESA EMPRESARIAL

Ana Regina Marques Brandão¹

Resumo

O artigo trata da responsabilidade das pessoas jurídicas na Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção sob a perspectiva da defesa empresarial. Realiza análise crítica da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, da tipologia dos ilícitos administrativos, do subjetivismo dos limites sancionatórios e das garantias do devido processo legal e dos impactos das sanções aplicadas na manutenção e restabelecimento da atividade produtiva da empresa infratora tendo por base os princípios do direito administrativo sancionador e a função social da empresa.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Responsabilidade da Pessoa Jurídica. Função Social da empresa.

Abstract

The article deals with the responsibility of legal entities in Law 12.846 / 2013, Anti-Corruption Law with the perspective of corporate defense. It carries out a critical analysis of the objective legal responsibility of the legal entity, the typology of administrative illegals, the subjectivism of the sanctioning limits and the guarantees of due legal process and of the impacts of the sanctions applied in the maintenance and reestablishment of the productive activity of the infringing company based on the principles of administrative law and the social function of the company.

Keywords: Anti-Corruption Law. Liability of the Legal Entity. Social function of the company.

¹ Renan Emanuel Rocha Melo é advogado e sociólogo formado pela Universidade de Brasília – UnB, atualmente faz pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, e-mail: advoc.renan.rocha@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.846/2013², intitulada Lei Anticorrupção, ingressou no ordenamento jurídico pátrio introduzindo, de forma inovadora, a responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos praticados contra Administração Pública, com ênfase nos atos que visem fraudar licitações e contratos administrativos prevendo, inclusive, proteção contra os atos lesivos que alcancem Administração Pública estrangeira.

A análise do processo legislativo que culminou com o texto final da Lei Anticorrupção revela que foi dada ênfase ao aspecto punitivo como meio eficiente para se combater a corrupção, no intuito de facilitar a recuperação de valores obtidos ilicitamente e evitar a reincidência.

Seguindo o raciocínio da rigidez punitiva, inova a Lei 12.846/2013 ao estabelecer que a responsabilidade da pessoa jurídica seja objetiva, bastando para a configuração a prova do fato, o resultado e o nexo causal com a atividade da empresarial, e opta o diploma legislativo em estudo por tipificar as condutas ilícitas por meio de termos abertos tais como prometer, oferecer ou dar vantagem indevida (Art.5º, I), subvencionar de qualquer modo (Art. 5º, II), impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato e procedimento licitatório (art. 5º, IV, b).

Não se descuida da importância do combate à corrupção e da necessidade de se instituir mecanismos legais que possibilitem a punição dos infratores, aperfeiçoe a recuperação dos valores desviados e possibilite um desestímulo à reincidência da prática delitiva. Entretanto, os objetivos não serão atingidos se não forem preservadas as bases jurídicas que lastreiam os sistemas políticos e econômicos cuja higidez de funcionamento se pretende preservar.

A partir desse contexto, o estudo tem por objetivo analisar a responsabilização da pessoa jurídica na Lei 12.846/2013 sob a perspectiva da defesa empresarial por meio da análise do projeto na Câmara dos Deputados, das distinções

² BRASIL. *Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>. Acesso em: 14 out. 2017.

com a legislação sobre o tema de outros países e do diálogo dos institutos da legislação administrativa sancionadora com os princípios norteadores do direito administrativo, empresarial, processual e constitucional.

A abordagem será desenvolvida nos tópicos: a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, os conceitos indeterminados da tipificação dos atos ilícitos e das sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção, as violações ao contraditório de ampla defesa e os impactos para a preservação da empresa.

2 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA

A lei 12.846/2013³ inova ao introduzir no ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional e estrangeira.

Essa opção do legislador teve por motivação⁴ conferir agilidade ao procedimento tendo em vista a dificuldade de provar elementos subjetivos como o dolo ou a culpa verificada na responsabilização de pessoas naturais.

O estatuto civil no artigo 47⁵ dispõe que a vontade da pessoa jurídica se manifesta por seus representantes em conformidade com a lei e o definido nos atos constitutivos, e prevê no parágrafo único do artigo 927⁶ do Código Civil a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas restringindo- a aos casos de reparação de danos.

A Constituição Federal de 1988 no § 3º, do artigo 225 dispõe sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, a lei 9.605/1988 ao disciplinar o dispositivo constitucional limitou a responsabilização à seara administrativa e civil

³ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

⁴ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010*. p. 8. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 14 out. 2017.

⁵ Art. 47 Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

⁶ Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

e nos casos em que a infração for cometida por representante legal da empresa, no seu interesse e benefício.

Nesses termos a responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos restringe-se aos atos praticados em seu benefício e por aqueles que legalmente a represente.

Segundo Osório⁷ no direito administrativo sancionador vigora o princípio da tipicidade estrita, correlata ao devido processo legal e ao princípio de interdição à arbitrariedade dos poderes públicos e ao tratar da interpretação assevera:

A teoria da tipicidade evoluiu no sentido de albergar a teoria do bem jurídico ou da proteção de valores inerentes à vigência da norma. E está submetida à lógica dos direitos fundamentais, inclusive daqueles que são vítimas dos ilícitos. A norma nasce vocacionada à proteção de direitos fundamentais e por isso mesmo está legitimada a incidir sobre outros direitos fundamentais (dos investigados, acusados, condenados). Deve fazê-lo numa perspectiva proporcional e razoável.

É necessário interpretar as normas sancionadoras à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, da segurança jurídica e dos direitos fundamentais, aquilatando os valores que lhes são iminentes, os fins a que se destinam as opções hermenêuticas disponíveis e suas consequências.

O legislador justificou a opção pela responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na dificuldade de se comprovar o dolo ou culpa e, nesse contexto, conflita com garantias e direitos de assento constitucional. Sobre as repercussões da constitucionalização do direito, no âmbito administrativo assevera Barroso⁸:

A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *O problema não está na Lei Seca, mas na sua interpretação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-10/fabio-osorio-problema-nao-lei-seca-interpretacao>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo: direito administrativo e seus novos paradigmas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

A celeridade e agilidade da persecução e punibilidade administrativas foram alçadas a um grau de importância superior aos direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, sem demonstração da essencialidade da medida para alcançar os fins perseguidos na lei, especialmente porque há sistemas comprovadamente eficientes de combate à corrupção, como o FCPA, que não adota a responsabilidade objetiva na lei ou na interpretação dos Tribunais.

A rigidez da legislação deve ser justificada a partir da eficiência para o atingimento de determinados fins sem renegar os direitos fundamentais das vítimas e dos acusados, o que não se revela no contexto em análise.

A Lei Anticorrupção contém sanções de inidoneidade e de restrição à atividade empresarial que não se compatibilizam com outras hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco cuidou de efetuar distinção de responsabilização a partir das espécies de sanção, reparação ou de inidoneidade, conceito atrelado à atuação de má fé do agente.

Há que se ponderar, ainda, que a defesa empresarial se dará no âmbito das comissões formadas perante os órgãos competentes para apuração, instaurados na estrutura do poder executivo nas esferas Federal, Estadual e Municipal e o julgador é a autoridade máxima do órgão, invariavelmente detentor de cargo comissionado, que não está vinculado aos pareceres das comissões de apuração e tampouco há previsão na LAC de recurso administrativo dessa decisão.

Esse cenário é agravado quando se trata de comissão formada no âmbito dos pequenos municípios que detêm estruturas funcionais limitadas, nos quais a responsabilidade objetiva aferida de forma automática pode redundar em arbitrariedade e abuso de poder ao servir como proteção ou punição de empresas, com sério comprometimento da economia local.

Outro aspecto a considerar é que a LAC impõe à pessoa jurídica a obrigação de fiscalizar os atos de seus prepostos e das empresas com quem mantém relações, e o mais grave, responsabiliza igualmente o administrador improbo e o gestor

ineficiente pela ausência de efetividade da fiscalizadora o que resulta em apenamento a quem não deu causa e desestímulo à melhoria dos sistemas de integridade em prejuízo ao caráter pedagógico ressaltado pelos autores do projeto de Lei do diploma legislativo.

Alertam Igor Sant'Anna Taamasauskas e Pierpaolo Cruz Bottini⁹

A organização empresarial deve possuir standards de comportamento e de estruturas, inclusive após a constatação do ilícito, que permitam concluir que o ato lesivo decorreu de um ato individual e isolado de determinado colaborador. Assim, não apenas como prevenção ao ilícito – com treinamentos, estruturas de whistle-blowing, regras e códigos de conduta – mas também no momento de colaboração para apuração dos fatos, é que se poderá afirmar se a organização empresarial compactou ou não com o ilícito verificado. Sua culpabilidade, se é que pode utilizar o termo nessa situação, passará pelo exercício de verificar referidas situações. Fora dessa realidade, estar-se-á admitindo o apenamento contrário ao direito, porque a própria punição não terá referência a um comportamento nega tivo de quem suportará, seja porque a entidade não merece punição, seja porque esta punição não trará qualquer exemplo para a sociedade, porque sinaliza arbítrio. (...) Assim, resta passível de punição ou a empresa que deliberadamente envolveu-se no ato ilícito ou aquela que seus controles são tênues, campo fértil para o desenvolvimento de práticas contrárias à ética. Fora dessas hipóteses, repita-se, entendemos inviável a punição, a responsabilidade-sanção.

A responsabilidade objetiva ganha maior relevo no contexto da LAC por prever sanções de inidoneidade sem haver persecução aprofundada do dolo ou, ao menos, da culpa do agente. O poder punitivo estatal só é exercido legal e legitimamente quando assegurados ao acusado o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, em uma concepção que compreenda a oportunidade de defender-se e de influir no julgamento.

Como dito, a manifestação da vontade da pessoa jurídica se dá por representantes que por força de lei ou por designação nos instrumentos constitutivos da sociedade vinculam a pessoa jurídica representada.

⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, v. 947, ano 103, p. 133-155, set. 2014.

E nesse ponto reside a incompatibilidade a disciplina dada pela Lei 12.846/2013 no tocante a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica sem se perquirir acerca do dolo ou culpa das pessoas naturais que a representam, efetivando uma transcendência da sanção rechaçada no inciso XLV, do art. 5º, da Constituição Federal.

3 A TIPIIFICAÇÃO DAS CONDUTAS ILÍCITAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO: OS CONCEITOS INDETERMINADOS E A SUBJETIVIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 12.846/2013 ao tratar da responsabilidade administrativa e civil da pessoa jurídica pela prática de ato ilícitos contra a administração pública e estrangeira adotou um sistema que se aproxima do direito penal, o que se constata nas condutas previstas no art. 5º, dos parâmetros e limites mínimo e máximo das penas no art. 6º, e do que se poderia chamar atenuantes e agravantes elencadas no art. 7º

O elemento que distancia os ilícitos e sanções previstas na Lei Anticorrupção é a responsabilização objetiva da jurídica e a extrapolação dos limites da atuação dos seus representantes para alcançar os atos praticados por terceiros.

Segundo Osório¹⁰ determinados conceitos embutidos no que se pode chamar tipologia da infração administrativa, exigem robusta visão jurisprudencial para uma escoreita delimitação de alcance e sentido.

Demonstra o autor a problemática da multiplicidade de sentidos contida na descrição dos atos lesivos a partir do inciso I, do artigo 5º¹¹, da LAC, e afirma:

O legislador considera corrupção o ato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente

¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹¹ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

público, ou a terceira pessoa a ele relacionada. O principal problema aqui pode ser o conceito jurídico indeterminado "vantagem indevida". Muitos podem entender que o pagamento de uma viagem por uma empresa a um funcionário público, para estudar um projeto implantado em determinado local, configura vantagem indevida, quando em realidade seria apenas parte de um acordo entre setores público e privado.

Idêntica dificuldade é apontada na delimitação do que seja agente público ou terceira pessoa a ele relacionada referida na parte final do inciso I, do art. 5º¹², da LAC. Quais vínculos são considerados ilícitos para fins da norma sancionadora?

Aponta Osório¹³ que “não é possível uma lei sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificadora à autoridade administrativa, pois isso equivaleria uma insupportável deteriorização da normatividade legal sancionadora.”

Sucumbe à indeterminação dos conceitos a previsão contida item b, inciso IV, do art. 5º, que considera ato ilícito passível de sanção “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”. A literalidade do comando atrela o enquadramento do ilícito ao animus do agente incompatível com a responsabilidade objetiva prevista no art. 2º.

É de difícil compreensão a descrição de ilícito administrativo contida no inciso V, do artigo 5º, consistente em:

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Como conciliar compromissos de confidencialidade assumidos com terceiros próprios dos negócios empresariais privados a partir do pressuposto administrativo de que todo sigilo empresarial acoberta um ilícito?

Aponta Ferraz¹⁴ que a configuração dessa conduta como ilícito impescinde da prova da utilização de subterfúgios fraudulentos não se configurando

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218.

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218.

¹⁴ FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei Anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo

pela falta de colaboração em si mesma, diante da garantia assentada constitucionalmente e ratificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC nº 77.135, HC nº 939.916 e HC nº 78.708), de não se produzir prova contra si mesmo.

4 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI 12.846/2013 E DA CRIMINALIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A despeito da LAC não abordar a responsabilidade da pessoa jurídica sob o aspecto penal a análise da descrição das condutas classificadas como ilícitos administrativos evidencia uma semelhança com a lógica do direito penal.

A oscilação dos limites máximo e mínimo das sanções abre um espaço discricionário para o legislador a exigir exauriente fundamentação para não se configurar arbitrio, assina Osório¹⁵:

A natureza jurídica do “apenado” na seara administrativa e as sanções previstas na Lei Anticorrupção não dialogam com o princípio da preservação da empresa e o escopo da norma declinado na exposição de motivos¹⁶ nos seguintes termos:

Importante destacar que a proposta leva em consideração os princípios da conservação da empresa e da manutenção das relações trabalhistas ao estabelecer as sanções administrativas e civis, princípios de extrema importância especialmente no quadro atual de crise econômica mundial. No âmbito administrativo, por exemplo, o anteprojeto estabelece parâmetros claros para a aplicação da sanção de multa, instituindo limites mínimos e máximos para o seu valor, de forma a contemplar a realidade de faturamento tanto de pequenas e médias empresas, como de grandes empresas, inclusive, exportadoras. Na esfera judicial, são previstas

Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/viewFile/221/137>>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 14 out. 2017.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010*. p. 12. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 14 out. 2017.

hipóteses específicas cuja gravidade justifica amplamente a sanção de dissolução compulsória da empresa.

A implementação de políticas de combate à corrupção em âmbito internacional tem como princípio norteador promover a segurança das relações comerciais e evitar a evasão de investimentos permitindo aos atores econômicos exercerem suas atividades empresariais em ambiente concorrencial hígido.

O sistema sancionador inculcado da Lei Anticorrupção introduz no ordenamento jurídico brasileiro níveis de criminalização da atividade empresarial que destoam do padrão internacional a exemplo do adotado no âmbito do FCPA e vai de encontro ao intuito de preservação da empresa manifestado na exposição de motivos.

A incompatibilidade do rigor punitivo com o princípio da preservação da empresa destaca-se pontualmente, a fixação da multa do inciso I com base no faturamento bruto do exercício anterior a instauração do processo administrativo, a obrigação de reparação integral do dano, a inscrição no cadastro de empresas punidas e os danos à imagem da empresa advindos dessas sanções, com repercussão direta no resultado econômico da atividade empresarial.

Jorge Silveira e Saad Diniz¹⁷ criticam o caráter moralista administrativo das sanções:

Esta restrição de direitos, acentuadamente marcada pelo moralismo administrativo, é reforçada pelo registro no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Capítulo V), que pode vulnerar ainda mais o já estável mercado brasileiro. Bem ao contrário, seria precisamente a empresa envolvida em contexto de corrupção a merecer maior cuidado na intervenção do Estado. Seria como se estivesse propondo que justamente em contextos mal estruturados deveria o Estado intervir para capacitá-lo e oferecer alternativas inovadoras às infrações econômicas.

Há de se perquirir da efetividade pedagógica da divulgação da penalidade e da manutenção da empresa em cadastros de empresas punidas para a não reincidência

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p 326.

das infrações, bem como da razoabilidade da imposição das intituladas sanções de vergonha que dificultam a retomada da atividade produtiva.

Diogo de Figueiredo e Flávio Amaral¹⁸ destacam que a norma sancionatória deve ser aplicada com observância da razão, de maneira moderada, equilibrada e harmônica.

Impõe-se ainda refletir se a opção legislativa pela sistemática do controle que amplia os tipos penais e enrijece a capacidade punitiva do Estado é mecanismo eficiente para limpeza ética do sistema e promoção do desenvolvimento econômico sustentável.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 37, jan./fev./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/37>>. Acesso em: 22 out. 2017.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.) *Direito Administrativo e novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERTONCINI, M. E. Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 451-472. Disponível em: <<http://www.revista.unicuritiba.edu.br>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/13>>. Acesso em: 22 out. 2017.

BLOK, Marcela. A Nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e o Compliance. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 65. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B01MYA5T0Z>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A Interpretação Constitucional Possível da Responsabilidade Objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, v. 947, ano 103, p. 133-155, set. 2014.

BRASIL. *Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.826-A, de 2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 14 out. 2017.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei Anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/viewFile/221/137>>. Acesso em: 14 out. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 37, jan./fev./mar.

2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/37>>. Acesso em: 22 out. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Conceito e tipologia dos atos de improbidade*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 14 out. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 14 out. 2017 .

OSÓRIO, Fábio Medina. *O problema não está na lei seca, mas na sua interpretação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-10/fabio-osorio-problema-nao-lei-seca-interpretacao>> Acesso em: 14 out. 2017

PESTANA, Marcio. *Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Barueri: Manole, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. *Programas de Compliance Anticorrupção no contexto da Lei 12.846/2013: elementos e estudo de caso*. 100 f. 2015. Tese (Doutorado) – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13726/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Vers%C3%A3o%20Final%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 out. 2017.

AS RELAÇÕES ENTRE *COMPLIANCE* E O PROGRAMA PROFIP

Victor Lima Duque Estrada¹

Resumo

Estudo com o objetivo de demonstrar as relações conceituais e práticas entre os programas de *compliance* e do recém-criado PROFIP (Programa de Fomento a Integridade Pública), por meio de seus princípios, sistemas e instituições comuns. Explicação das origens, fundamentos, aplicações, mecanismos e termos de ambos os programas. Uma análise comparativa de seus pressupostos e pacotes de medidas, objetivando encontrar suas semelhanças, diferenças e vínculos. Exploração das diferentes definições de “programas de *compliance*”, por diferentes autores, fontes, estudos, instituições e legislações. Apresentação do PROFIP, seus objetivos e métodos programados pela CGU (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União), juntamente com uma detalhada explicação de seus eixos fundamentais, princípios, mecanismos e regras. Demonstração de casos concretos de órgãos e entidades que resolveram pela adesão ao PROFIP, seus objetivos, vantagens, encargos e implementações necessárias para a devida assinatura ao programa. Observação pela importância dos dois institutos na presente realidade sócio cultural de combate à corrupção e crimes contra o patrimônio público. Contemplação pela inevitabilidade da criação dos programas, uma vez observados o clamor público e a necessidade de uma resposta eficiente e incisiva à problemática dos crimes de corrupção. Breve exposição dos métodos e embasamentos utilizados pela CGU para a criação do PROFIP, ilustrando seus pacotes de medidas, princípios e mecanismos aplicados na criação do programa. Alcançando a conclusão que é cristalina a inspiração e embasamento dos princípios e fundamentos do PROFIP pelos programas de *compliance*. Há uma clara visão administrativo e civil nos institutos do PROFIP, buscando eficácia, efetividade, integridade e ética dos órgãos e entidades do Poder Executivo.

Palavras-chave: Compliance. Integridade. PROFIP.

¹ Renan Emanuel Rocha Melo é advogado e sociólogo formado pela Universidade de Brasília – UnB, atualmente faz pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD, e-mail: advoc.renan.rocha@gmail.com

Abstract

Study with the objective of demonstrating the conceptual relations and practices between the Compliance programs and the newly created PROFIP (Public Integrity and Promotion Program), by the means of its principles, systems and institutions are common between the two programs. Explanation of program's origins, foundations, applications, mechanisms and terms. A comparative analysis of its assumptions and packages of measures, with the objective of finding similarities, differences and links. Exploration of the different definitions of "compliance programs", by different authors, sources, studies, institutions and legislations. PROFIP's presentation, its objectives and methods programmed by the CGU (Brazilian Ministry of Transparency, Supervision and Control), with a detailed explanation of its fundamental axis, principles, mechanisms and rules. Demonstration of concrete cases where public agencies and entities agreed with PROFIP's terms of accession, its objectives, vantages, charges and necessary implementations for the program's proper signature. Observation for the importance of the two institutes in the present social and cultural reality of a battle against corruption and crimes that involve public money. Contemplation about the inevitable creation of these two programs, once observed the public outcry and the necessity of an efficient and incisive answer against the corruption crimes problematic. A brief exposition of the methods and technical foundations utilized by the CGU to create the PROFIP, illustrating its action packages, principles and mechanisms applied in its creation. Reaching the conclusion that it's crystalline the inspiration and foothold that PROFIP's principles and foundations took from the compliance programs. There is a clear administrative and civil vision in PROFIP's institutes, searching for efficiency, effectiveness, integrity and ethics of the Executive Power's public agencies and entities.

Keywords: Compliance. Integrity. PROFIP.

1 INTRODUÇÃO AO CONCEITO DE COMPLIANCE

No contexto histórico brasileiro, o debate pela responsabilização civil, administrativa e criminal de pessoas jurídicas foi iniciado pela promulgação da Constituição Federal em 1988, quando a Carta Magna fez duas remissões à esta espécie de responsabilidade, especificamente em relação aos crimes ambientais e de ordem econômica. O assunto foi reaberto, mesmo que de forma ínfima, somente em 1998 quando aprovado a lei que tratava sobre a lavagem de dinheiro, Lei nº 9.613, e mesmo com sua reforma em 2012, a responsabilização de pessoas jurídicas não foi tema muito explorado pela legislação brasileira. Foi então em 2013, com a aprovação

da Lei Anticorrupção, que a responsabilização civil de empresas cujos funcionários tenham praticado crimes contra a Administração Pública finalmente se tornou viável. Nos termos destas considerações temporais, Silveira pondera que a influência internacional teve papel decisivo na evolução e avanço conceitual sobre a responsabilização de pessoas jurídicas no Brasil, abrindo as portas para a entrada do importantíssimo conceito de *compliance*:²

Finalmente em 2013, aprovou-se uma lei, alcunhada de Lei Anticorrupção, acerca da responsabilidade civil de empresas cujos funcionários tenham praticado crimes contra a Administração pública. Aqui sim, são postas previsões acerca de programas de compliance. Considerando-se toda a evolução do conceito de criminal compliance em âmbito europeu e espanhol, com as significativas mudanças legislativas em 2003 e depois em 2010, o quadro comparativo se explica por completo. Ao que parece, a opção brasileira foi sim, voluntária.

Os programas de *compliance* representaram um mecanismo que enriquece e torna mais efetiva a possibilidade de celebração de acordos de leniência, protegendo e reduzindo riscos das pessoas jurídicas que diligentemente aderem aos programas, pois, assim como nas palavras de Carlos Henrique e Bruno Carneiro³:

[...]pessoas jurídicas diligentes e que se preocupam em atuar de forma ética - tendo, por exemplo, um programa de compliance robusto -, mas que ainda assim estão suscetíveis de serem sancionadas por atos lesivos cometidos por seus funcionários (ainda que contrários às determinações da pessoa jurídica), possam ter suas sanções reduzidas caso optem por celebrar um acordo de leniência.

Nesta perspectiva, o *compliance* se demonstra como uma das mais importantes ferramentas de um acordo de leniência, pois seus pressupostos estão altamente ligados ao combate e repressão de práticas ilegais de crimes e corrupção no âmbito das responsabilizações de pessoas jurídicas, uma vez que os acordos de leniência são um dos meios mais eficazes utilizados modernamente para esse

² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

³ SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Bahia: JusPodvm. 2015.

combate, em outras palavras, a prática de *compliance* se demonstra como mecanismo eficaz de reforço e garantia de um acordo de leniência⁴:

[...]a razão de existir do acordo de leniência o faz convergente com a adoção obrigatória de programas de compliance, não para extirpar do mercado as sociedades empresárias que se deixaram enredar em más práticas, mas para destas livrá-las e habilita-las a honrar, com a seriedade devida, os compromissos com a sua função social, outro dos princípios norteadores da ordem econômica proposta pela Carta Fundamental, sob inspiração do máximo e essencial valor da dignidade da pessoa humana.

Em seu artigo 7, inciso VIII, a lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, prevê que procedimentos e mecanismos internos de integridade poderão ser adotados, no procedimento de sanção das partes condenadas com embasamento nesta Lei, assim como auditorias, incentivos à denúncias de irregularidades e aplicações efetivas de códigos de ética, ou seja, uma vez que a lei condena ela também concede o benefício da atenuação, isto é, para as empresas que efetivamente inserirem procedimentos de repressão à corrupção, procedimentos estes que incluem canais de ouvidoria, aplicação de códigos de ética, entre outras mediadas.⁵

Em 2014, em entrevista à Carta Capital, o ministro-chefe da CGU, Jorge Hage, proferiu as seguintes palavras que elucidam sobre as utilidades e importância dos programas de *compliance* para a Lei Anticorrupção no contexto brasileiro⁶:

A lei vai contribuir com a mudança de atitude e mentalidade do empresariado brasileiro. E já temos os primeiros sinais disso, antes da mesma da lei entrar em vigor. Percebemos o interesse das empresas em se preparar, em instaurar mecanismos de compliance [integridade] e códigos de conduta. Os empresários estão ansiosos para saber qual vai ser a exigência de administração pública. [...]os dirigentes da empresa vão ser os maiores vigilantes interessados em cuidar para que não aconteça a prática de nenhum desses atos previstos na lei.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thais Boia. *Compliance e Acordo de Leniência são convergência necessária para Brasil crescer*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-28/compliance-acordo-leniencia-sao-convergencia-necessaria>>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁵ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

⁶ LOCATELLI, Piero. *Lei Anticorrupção vai mudar a atitude do empresariado brasileiro*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lei-anticorruptcao-vai-mudar-atitude-e-mentalidade-doempresariado-brasileiro201d-2906.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

Entretanto, foi a aplicação de leis rigorosas em legislações anticorrupção no cenário mundial que se apresentou como um dos grandes propulsores do instituto do *compliance* no cenário internacional, onde, conseqüentemente, essa influência seria fator determinante na conceptualização deste instituto no Brasil. Fatos estes que ocorreram particularmente em decorrência da aplicação agressiva dos Estados Unidos com o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) pela *U.S. Securities & Exchange Commission* (SEC) e pelo *Department of Justice* (DOJ), bem como pela disseminação de importantes convenções internacionais de combate à corrupção, com manifestações em diversos países na forma de novas legislações com a específica finalidade de represália aos atos de corrupção, por exemplo a Lei Anticorrupção *UK Bribery Act* de 2010 do Reino Unido, uma das mais fortes legislações nesse sentido do mundo por ser aplicável aos agentes funcionários públicos e do setor privado.⁷

O conceito de *compliance programs* teve sua origem e evolução expressiva nos EUA, contudo, uma vez incorporados pela comunidade mundial através de sua aplicação em diversos países, seus objetivos e forma foram de fato expandidos por documentos e regras formatados por diversos órgãos interacionais, incluindo a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, entre outros⁸.

Logo, por definição, em um contexto mundial, *compliance programs* são “programas e políticas internas de decisões feitas por uma companhia para atender os padrões estabelecidos pela regulação e leis de um governo”⁹. Em outras palavras, *compliance programs* possuem razão na prevenção de delitos econômicos empresariais através de uma co-regulação estatal e privada.

⁷ DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Campus Elsevier, 2013.

⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁹ INVESOPEDIA. *Compliance Program*. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/c/compliance-program.asp>>. Acesso em: 07 set. 2017.

Não obstante, o “FCPAméricas Blog”, no contexto de aplicação das prerrogativas da FCPA (ForeignCorruptPracticesAct), classifica *compliance* como¹⁰:

[...]é um programa de compliance anticorrupção, ou seja, um sistema corporativo de controles, proibições e procedimentos internos para garantir que a empresa cumpra as leis de combate à corrupção. Esses programas são direcionados para prevenir, detectar e lidar com eventuais desvios ou falhas de conformidade que possam ocorrer.

Para o Direito Penal brasileiro, as práticas de *compliance* dizem respeito às medidas que exigem um comportamento consoante com suas regras e proibições, estabelecendo entendimento, parâmetros e medidas adotadas consoantes pelo próprio ramo do direito brasileiro:¹¹

[..] de maneira geral, refletem uma ideia de auto regulação regulada de pessoa jurídicas vistas como empresas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícitos.

Em matéria de anticorrupção, as práticas de *compliance* tem figurado como uma das mais importantes medidas para a repressão de práticas criminosas, onde grande parte das empresas, particularmente as que possuem operações multinacionais, têm realizado seus negócios no permear de estruturas e programas de *compliance* voltados à prevenção e a detecção de desvios de conduta, bem como na remediação de eventuais problemas identificados.¹²

Sob uma análise mais extensa dos seus conceitos e utilidades, para Silveira, o *compliance* configura-se em verdadeiro dever da parte, uma vez no programa a responsabilidade de cumprimento dos seus parâmetros está apoiado por mecanismos penais, ou seja, “tomaram-se as eventuais não correspondências aos pro- gramas de compliance como sendo verdadeira infração de dever, o que tornaria

¹⁰ FCPAMÉRICA. *Compliance*. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/languages/portugues/complianc e/#>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015

¹² DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Campus Elsevier, 2013.

possível, mais claramente, a estipulação de responsabilidades penais a vários acusados.”¹³.

Kuhlen entende *compliance* como sendo as medidas pelas quais as empresas pretendem assegurar-se que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para seu pessoal, e que, por igual, se descubram e se sancionam as eventuais infrações a tais regras.¹⁴

Já Bernardo José Feijoo classifica *compliance* como protocolos específicos através dos quais os governos corporativos estabelecem o marco e os meios para um comportamento generalizado da empresa, tudo em respeito ao estabelecimento em normas penais.¹⁵

Os conceitos de “ser compliance” e “estar em compliance” são diferentes para o Comitê de Compliance (ABBI) e a Comissão de Compliance (FEBRABAN) por uma questão:¹⁶

“Ser compliance” é conhecer as normas da organização, seguir os procedimentos recomendados, agir em conformidade e sentir quanto é fundamental a ética e a idoneidade em todas as nossas atitudes. “Estar em compliance” é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. “Ser e estar compliance” é, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro da instituição.

Silveira aponta que os objetivos de um *compliance* estão ligados intrinsecamente aos seus pressupostos e mecanismos, de maneira que a empresa ou empresário que concorda em cumprir suas regulações tem total responsabilidade por seu devido comprometimento.¹⁷

A meta de um *complianceprogram* mostra-se, claramente, que de- vê-se individualizar a complexidade da empresa,

¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴ STRATENWERTH, Günter; Kuhlen, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: HeymannsVerlag, 2004.

¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; Gómez-Jara Díez, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Espanha: Civitas Aranzadi, 2012. p. 49-64.

¹⁶ FEBRABAN. *Função de Compliance*. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcao_de_compliance_09.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

verificando-se as bases normativas solicitadas pelo Estado conforme seja o campo de atuação a sofrer uma autorregulação regulada. A partir de então, passa-se à pretensão do sopesamento das questões de responsabilidade pelo eventual *non compliance*, ou seja, pelo não cumprimento dos deveres de vigilância.

Todavia, existem problemáticas e empecilhos na aplicação do instituto do *compliance* no contexto brasileiro. Os mecanismos de administração no interior de uma empresa, de atos criminosos que acontecem dentro da mesma, se demonstram como uma possível barreira para a devida aplicação e comprometimento com o *compliance*. Mas a configuração de inconvenientes em momento algum retira a sua importância e imperatividade para o combate à corrupção, uma vez que, por exemplo, o próprio descobrimento de fatos delituosos já demonstra dificuldade, visto a cifra negra da criminologia (a expressão “cifras negras” refere-se à todos os crimes que não chegam ao conhecimento policial, crimes estes praticados por criminosos comuns ou pelo alto-escalão, crimes contra meio ambiente ou até crimes que apesar de chegarem ao conhecimento das autoridades, são registrados massão convertidos em processo ou ação penal)¹⁸, a importância do *compliance* se demonstra ainda mais relevante então na perspectiva da detecção de ilícitos dentro das empresas.

Ademais, a apuração de responsabilidades individuais é igualmente difícil de se detectar: “Um bom exemplo, trazido por Kuhlen, é o caso *Siemens*, na Alemanha. Maior empresa da área tecnológica daquele país, provou-se que durante décadas mantinha contas em paralelo para pagamento.”¹⁹.

Neste sentido, a condenação de pessoas jurídicas, agentes de crimes de corrupção por exemplo, no Brasil ainda se mostra como uma problemática a ser superada.

¹⁸ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

A responsabilização de pessoa jurídica é então imperativa frente a necessidade do devido combate a corrupção e implementação de práticas de *compliance* efetivas²⁰:

O que é fundamental se perceber é que, dada a lógica do *compliance program*, somente se deveria imaginar uma responsabilidade individual se houvesse – ainda que em tese – a possibilidade de uma responsabilidade (penal ou administrativa) da pessoa jurídica.

Em especial, entre outros problemas que podem impedir a devida aplicação de um programa e *compliance*, o Brasil possui uma peculiaridade como obstáculo para a efetivação do instituto, Paula Steiner, em artigo escrito para o *Compliance Review*, explica essa problemática da seguinte forma:²¹

O cenário brasileiro reserva uma das maiores – senão a maior – dificuldades para a implantação de um adequado e efetivo programa de *Compliance* devido ao “jeitinho brasileiro”, muito conhecido dentro do mundo corporativo, isto é, o modus operandi de um indivíduo para improvisar eventuais soluções a um problema, independentemente de diretrizes legais ou morais. Com o “jeitinho”, as atividades das empresas continuam a caminhar, mesmo que não estejam seguindo as normas e os procedimentos instituídos e as justificativas que nos deparamos são das mais variadas: (i) “todo mundo faz”; (ii) “se eu não fizer perderei mercado”; (iii) “mas não é tão grave assim”, dentre outras tantas.

Contudo, mesmo presentes essas barreiras acima descritas, a comunidade internacional continuou a desenvolver seus programas de *compliance*. Foram então desenvolvidas diferentes teorias e sistemas de programas que buscavam uma maior factual efetividade e adimplência das empresas para com seus programas. Como os programas de *compliance* são em sua natureza sistemas complexos e organizados, compostos por diversos componentes, que para sua devida implementação devem interagir com os componentes das empresas, esses componentes nos programas são denominados pilares, verdadeiras bases de mecanismos e pressupostos asseguradores de uma aplicação bem-sucedida de *compliance* nas empresas.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹ COMPLIANCE REVIEW. *A Fragilidade de Programas de Compliance no Brasil*. Disponível em: <<http://complianceview.com.br/fragilidade-programas-compliance/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

Um dos programas que bem representa seus desses pilares necessários para um *compliance* bem sucedido, ressaltando-se novamente a existência de outros sistemas com outros componentes de *compliance*, é o apresentado pela LEC (Legal Ethics Compliance), baseada nos requerimentos mínimos de um programa de *compliance* de acordo com o §8b2.1 do *Federal Sentencing Guidelines*(parâmetros e regras utilizados pelo sistema judicial norte-americano para avaliar se uma organização condenada, por sérios delitos e crimes no sistema de corte federal dos Estados Unidos, possui programas de ética e *compliance* efetivos). Os pilares garantidores de um programa de *compliance* efetivo de acordo com a LEC resumem bem o que é adotar medidas e mecanismos em uma empresa com a finalidade de ser *compliance*:²²

1- Suporte da alta administração, onde os líderes da organização devem incorporar os princípios desse programa e praticá-los sempre, não só como exemplo, mas também para transformar, de fato, sua empresa em um agente ético e íntegro.

2- Avaliação dos riscos, pois o código de conduta, as políticas e os esforços de monitoramento deverão ser construídos com base nos riscos que forem identificados como relevantes durante esta fase de análise.

3- Código de conduta e políticas de compliance, uma documentação que vai servir como formalização inicial daquilo que é a postura da empresa em relação aos diversos assuntos relacionados a suas práticas de negócios, e servira como bússola que guiará- em conjunto com as ações e exemplos da alta administração- seus funcionários para o caminho de práticas éticas e legais (“compliant”) na condução de suas atividades.

4- Controles internos, que são mecanismos, que, além de minimizar riscos operacionais e de compliance, asseguram que os livros e registros contábeis e financeiros reflitam completa e precisamente os negócios e operações da empresa, conforme requerido por diversos instrumentos, como FCPA e a Lei Sarabannes-Oxley.

5- Treinamento e Comunicação, cada funcionário da empresa, do chão de fábrica ao CEO, deverá entender os objetivos do Programa de Compliance, as regras e, talvez o mais importante, seu papel para garantir o sucesso do programa.

6- Canais de denúncias, onde esses canais forneçam aos funcionários e parceiros comerciais uma forma de alertar a

²² SERPA, Alexandre; SIBILLE, Daniel. *Os pilares do programa de compliance*. Disponível em: <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em: 19 set. 2017.

empresa para potenciais violações ao Código de Conduta, a outras políticas ou mesmo a respeito de condutas inadequadas de funcionários ou terceiros que agem em nome da empresa.

7- Investigações internas, pois as empresas devem possuir processos internos que permitam investigações para atender prontamente às denúncias de comportamentos ilícitos ou antiéticos, garantindo que os fatos sejam verificados, responsabilidades identificadas e, em sendo necessário, definir as sanções e ações mais apropriadas e consistentes a serem aplicadas, não importando o nível do agente que as causou.

8- Duediligence, ou seja, a necessidade da empresa ter um sério compromisso com o cumprimento da lei e com a integridade corporativa, é o ser empenhado em implementar um programa de compliance efetivo e fazer a coisa certa, seja em relação aos seus agentes ou terceiros com os quais se relaciona.

9- Auditoria e monitoramento, é necessário implementar um processo de avaliação constante, chamando monitoramento, bem como auditorias regulares, que visem identificar se os diversos pilares do programa de compliance estão funcionando conforme planejado, se os efeitos esperados da conscientização dos funcionários estão se materializando na companhia e se os riscos identificados previamente estão sendo controlados como previsto

Silveira conclui que é de suma importância a aplicação dos programas de *compliance* por livre e consciente iniciativa pelas próprias empresas, mas em contraponto, de acordo com o autor, a responsabilidade por essa implementação, ou eventual quebra do programa, deve recair toda sobre as pessoas físicas pelas quais são responsáveis pela empresa, configurando assim a necessidade de responsabilização pessoal pelo cumprimento do programa de *compliance*:

As empresas, por sua parte, assumem essa delegação mediante a adoção de medidas de autorregulação (regulada), genericamente tidas como programas de cumprimento. Compliance – frisa o Catedrático de Barcelona – significa, assim, autovigilância. Nessa medida, e entendendo que o compliance vai além das medidas de simples vigilância, a sua cultura se finca em uma variante da prevenção geral positiva, recordando Welzel e o fomento aos valores ético-sociais como via de proteção de bens jurídicos.²⁹⁸

2 CONCEITUALIZAÇÃO E PRESSUPOSTOS DO PROFIP

Instituído pela Portaria nº 784, de 28 de abril de 2016, o Programa de Fomento a Integridade Pública (PROFIP) é uma manifestação do objetivo da Controladoria Geral da União em orientar e capacitar órgãos, autarquias e fundações do Poder Executivo (administração direta, autárquica e fundacional) a implementar programas de integridade²³.

Conforme o parágrafo único do artigo 1º da Portaria, a inscrição ao PROFIP se trata de ação voluntária por parte do participante, sendo realizada mediante a adesão por autoridade máxima do ente público, ou seja, os próprios órgãos e entidades ao aderirem voluntariamente ao programa são incumbidos com o dever de adequarem seus quadros de integridade aos riscos específicos da organização, principalmente no relacionamento com o setor privado, objetivando o combate e prevenção da corrupção por meio da construção de planos de integridade.²⁴

Os conjuntos de mecanismos, procedimentos, termos e pressupostos para a adesão do PROFIP, concretizando o devido controle, prevenção, detecção e remediação de fraudes, irregularidades e desvios de conduta, deveres estes dos inscritos, são colocados, pelo artigo 2º da Portaria, da seguinte forma:

I – comprometimento e apoio da alta direção; II - definição e fortalecimento de instâncias de integridade; III - análise e gestão de riscos; IV - estratégias de monitoramento contínuo.

Neste sentido, o órgão ou entidade desenvolvera, juntamente com a CGU, o seu plano de integridade, da mesma forma que o gerenciamento dos padrões de ética adotados, estratégias de capacitação e treinamento para remediação e combate aos desvios. Estas medidas serão construídas e tomadas sistematicamente em união entre o signatário e o órgão de controle, na forma de plano de integridade, implementado e avaliado por meio de metas e aprimoramentos de forma contínua²⁵.

²³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria n. 784, de 28 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_784_2016.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁴ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip)*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/profip>>. Acesso em: 10 set. 2017.

²⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual para Implementação de Programas de Integridade Orientações para o setor público*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

A CGU toma então papel de capacitador e orientador aos órgãos e entidades que, por meios oficiais, vão manter em constante aplicação, monitoramento e renovação seus programas de integridade, determinados pelas seguintes ações e medidas elencadas no artigo 3º:

- I - Criação e aprimoramento de padrões de ética e de conduta, além de demais políticas, normas e procedimentos que forem necessários;
- II - Ações de comunicação, cursos e treinamentos efetivos para disseminação das normas e conteúdos de que trata o item anterior;
- III - Aprimoramento e institucionalização de canais de denúncias e de fluxos e processos para seu tratamento;
- IV - Aprimoramento e institucionalização dos procedimentos e instâncias responsáveis pelas ações de responsabilização disciplinar;
- V - Implementação de outras ações de remediação necessárias, que contemplem o constante aprimoramento de processos de trabalho.

Ademais, o termo de adesão ao programa de fomento à integridade pública se encontra na Portaria nº 784, onde mais de 27 órgãos e entidades já aderiram ao PROFIP, por exemplo o Ministérios do Transportes e o DNIT.²⁶

Ao assinar ao termo de adesão do PROFIP, na data de 4 de maio de 2017, o Ministério dos Transportes aderiu ao programa com o compromisso e objetivo de incentivar e capacitar seus quadros de pessoal a implementarem programas de integridade, buscando melhorias das normas e procedimentos adotados na gestão do órgão. Os órgãos vinculados ao Ministério do Transporte também deverão adotar as medidas do programa no futuro, a implementação deve ser feita de maneira gradual para seus inferiores hierárquicos, pois, assim como o assessor de controle Interno admite, o Ministério só tomou a decisão de aderir ao programa uma vez que confirmou possuir meios para cumprir o termo juntamente com o importante auxílio da CGU:²⁷

²⁶ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Adesões ao PROFIP*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/programa-de-fomento-a-integridade-recebe-adesao-da-secretaria-de-agricultura-familiar/adesoes-ao-profip.pdf/view>>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁷ BRASIL. Ministério dos Transportes. *Ministério dos Transportes adere ao Programa de Fomento à Integridade Pública*. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3635-minist%C3%A9rio-dos-transportes-adere-ao-programa-de-fomento-%C3%A0-integridade-p%C3%BAblica.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.

[...]segurança e maturidade para enfrentar o desafio que deverá contar com o esforço individual e coletivo de servidores e gestores, para que a Pasta cumpra suas atribuições de forma adequada, imparcial e eficiente, com entregas de resultado esperados pela sociedade. Para auxiliar em nosso escopo, já contamos com as atividades desenvolvidas pela Corregedoria, pela Comissão de Ética, além do diálogo permanente com gestores. O Ministério dos Transportes tem avançado neste processo e agora consolidará, em um programa próprio, estas iniciativas, absorvendo o que já foi implantado. [...] para a mudança comportamental e cultural definitiva, será preciso tempo, paciência e participação transversal e bidirecional, entre servidores e gestores. A CGU, por meio do Profip, dará as coordenadas de forma macro, para que os órgãos possam então adequar as regras a sua própria realidade, público e peculiaridades. Estamos adiantados neste processo. Mas é necessária a participação de todos, de forma continuada para o êxito do programa.

No caso do DNIT, com termo assinado em 12 de maio de 2017, a entidade aponta pela importância deste incentivo à integridade criado pela CGU, orientando e capacitando órgãos e entidades a implementarem programas de integridade, aplicáveis aos órgãos e entidades da administração pública. Por meio da adesão ao programa, o DNIT se comprometeu em criar novos planos de integridade efetivos e eficazes na prevenção da corrupção, incluindo medidas aplicáveis, cronogramas de aplicação e implementação, avaliação de metas por indicadores e aprimoramento contínuos, dessa forma identificando riscos de integridade existentes no órgão, verificando as medidas existentes e integrando as áreas que atuam no combate a corrupção, fortalecendo a integridade da entidade de modo amplo e efetivo. Na data da assinatura do termo de adesão, o diretor-geral do DNIT afirmou em manifestação:

Ao aderir ao PROFIP, o DNIT mostra claramente sua intenção de fortalecer o controle dos processos de trabalho. Esta é uma das maneiras de garantir à sociedade que o dinheiro público está sendo usado de forma coerente. O DNIT lida com grande volume de recursos, e temos todo o interesse de mostrar a preocupação com a legalidade.

3 COMPARAÇÕES ENTRE OS PROGRAMAS

É incontestável a importância dos programas de *compliance*, principalmente em matéria de anticorrupção, o assunto se configura de forma prioritária e

imperativa no Brasil, consequência da crescente conscientização e pressão da sociedade pela a tomada de ações belicosas em relação à corrupção por parte do governo e agentes públicos. A tolerância da população para com crimes onde o objeto tutelado seja o dinheiro público tem sido cada vez menor, o foco de atenção da opinião pública está nas empresas com as quais o Estado mantenha relações e negócios, demonstrando a necessidade por ações e programas governamentais efetivos. Foi na procura pela solução destas problemáticas que as próprias leis e programas internacionais que se apresentaram como medidas efetivas nesta matéria:²⁸

[...]muitas empresas brasileiras com atuação internacional e muitas empresas constituídas no Brasil e que integram grupos multinacionais já se encontram sujeitas a rígidas legislações estrangeiras que têm alcance extraterritorial, como é o caso do FCPA e o UK *Bribery Act*.

Nesse cenário, em que o arcabouço jurídico de combate à corrupção se torna mais rigoroso e as possíveis consequências pela violação alcançam patamares bastante elevados, a implementação de programas de *Compliance* se torna uma necessidade praticamente inevitável.

Não obstante, o programa PROFIP trabalha com a prevenção e o combate de corrupção em órgãos e entidades ligados ao Poder Executivo, promovendo-se como um programa de anticorrupção eficaz, possuindo o ideal de garantir que seus assinantes tenham assistência em estabelecer estratégias de capacitação e treinamento, de atuação disciplinar e de remediação em casos de ocorrência de desvios, medidas estas que consolidam o Plano de Integridade, devendo ainda ajudar os signatários a implementarem mecanismos de fixação e de avaliação das ações, por meio de indicadores objetivos. A própria CGU foi o primeiro órgão da administração direta a aderir ao programa na forma de projeto piloto, assinado pelo próprio ministro Luís Navarro, na data de 29 de abril de 2016, ocasião em que afirmou:²⁹

²⁸ DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Campus Elsevier, 2013.

²⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *CGU lança programa de incentivo à integridade para ministérios*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/04/cgu-lanca-programa-de-incentivo-a-integridade-para-ministerios>>. Acesso em: 20 set. 2017.

A CGU completa, com o Profip, o ciclo de iniciativas voltadas à promoção da ética e da integridade nos setores público e privado. Nessa linha, já havíamos adotado ações destinadas às empresas privadas, inclusive as de pequeno e médio porte, em parceria com o Sebrae, e para as empresas estatais. Agora, estamos estendendo essas ações para a administração direta. [...]escolhemos a própria CGU para dar início ao programa para servir de exemplo e estímulo aos demais órgãos.

De acordo com Bruno Carneiro, em uma interpretação ligada ao contexto das leis e programas brasileiros, os elementos essenciais de um programa de *compliance*, ou seja, os pilares necessários para que um programa possua eficácia em matéria de anticorrupção no Brasil, são configurados em cinco principais aspectos:

- 1- Suporte da Administração e Liderança. Conhecido também como “*top level commitment*”, é o comprometimento e suporte da alta administração da empresa;
- 2- Mapeamento e Análise de Riscos. Sendo fundamental que a empresa conheça e entenda as principais áreas de risco a que está exposta em suas atividades e nos mercados em que atua;
- 3- Políticas, Controles e Procedimentos. Configurando-se no desenvolvimento de regras, controles e procedimentos objetivando minimizar a possibilidade de práticas de condutas ilícitas;
- 4- Comunicação e Treinamento. Onde através de programas de treinamento efetivos da disseminação de informações relevantes cada empregado estará mais preparado;
- 5- Monitoramento, Auditoria e Remediação. Pois é necessário verificar se todos os funcionários e empregados estão cumprindo as regras e códigos.

Em contraparte, são quatro os eixos do PROFIP, colocados pela CGU para serem os elementos-chave do programa que desenvolverão as ações e medidas que darão conteúdo ao mesmo, necessários para dar suporte às ações e medidas que irão constituir o seu conteúdo:³⁰

- 1- Comprometimento e apoio da alta Direção. Significa o completo e estrito comprometimento e apoio da alta direção do órgão público [...] para o fomento de uma cultura ética, de respeito às leis e de implementação das políticas de integridade, é condição indispensável para criação e funcionamento de um programa de integridade.
- 2- Instância Responsável. Configura-se em uma instância designada com autonomia, independência, imparcialidade,

³⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

recursos materiais, financeiros e humanos necessários ao desempenho de suas atribuições funcionais, incumbida pelo acompanhamento, monitoramento e gestão das ações e medidas de integridade a serem implementadas.

3- Análise de Riscos. Traduz-se na imperativa e contínua identificação, análise e avaliação dos riscos aos quais os órgãos e entidades públicas estejam vulneráveis, entendendo-se como “risco” toda possibilidade de ocorrência de um evento que venha a ter impacto no cumprimento dos objetivos de uma organização.

4- Monitoramento contínuo. A política de acompanhamento e monitoramento no programa de integridade é vital para o objetivo de dar dinamismo e promover constante atualização de suas iniciativas, ajustando-as conforme novas necessidades, riscos e processos da instituição no decorrer do tempo, onde a reavaliação ininterrupta é importante para que tais ajustes ocorram.

Por meio do PROFIP, a CGU espera que os órgãos e entidades melhorem a compreensão sobre o tema da integridade, bem como iniciar um processo de gestão com base nos quatro eixos juntamente com a orientação da própria Controladoria.

4 CONCLUSÃO

É notória a presente e sedimentada problemática da corrupção na nação brasileira, a percepção de suas consequências e mazelas cresceu exponencialmente após processo de redemocratização do país, nunca antes a sociedade clamou tanto por esforços e ações que pratiquem seu combatam ou ao menos minimizem essas práticas criminosas. Todavia, como já observado, o Brasil, apesar de ter avançado na temática de anticorrupção, não tratou aprofundou o assunto sob a óptica da responsabilidade penal da pessoa jurídica, preferindo um embasamento sob a luz da esfera administrativa e civil. Os programas de *compliance* aplicados no Brasil são expressão desta espécie de visão, onde os programas de integridade das empresas apresentam uma programação mais ligada aos mercados e seus riscos, ao invés de buscar uma formatação jurídica assumindo postura de *criminal compliance* que objetive a responsabilidade empresarial³¹.

³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

O diálogo trazido pelo PROFIP é claramente inspirado nesta óptica, apresentando-se como uma ferramenta administrativa que melhora a eficiência e integridade de órgãos e entidades. As influências dos sistemas de *compliance* são cristalinas quando observados os quatro eixos nos quais o PROFIP se fundamenta, eixos estes baseados nos mesmos princípios e fundamentos de *compliance*, como o suporte administrativo, a previsão e controle de riscos, as políticas de aplicação e controle das regras internas e externas, a comunicação e treinamento de pessoal e monitoramento e a correção de ações. As adoções de programas de integridade possuem exatamente essa natureza, atribuindo uma identidade própria aos instrumentos, controles e atividades ligados à gestão de riscos de fraude e corrupção, criando um comprometimento formal das instituições com a integridade trazendo uma espécie de “[...]objetivo de criação de uma cultura corporativa baseada na ética, que pautas tanto as atitudes dos colaboradores, como aquela esperada de terceiros com que se relacione”.³²

Logo, por meio do PROFIP, a CGU traz ao âmbito da Administração Pública Federal padrões e mecanismos típicos de *compliance*, capacitando, orientando e auxiliando a implementação e adoção de ações planejadas voltadas à promoção da ética e da integridade no serviço público. No processo de adesão ao PROFIP, uma exemplificação de um mecanismo típico de *compliance* adotado pela CGU é a exigência, antes mesmo da assinatura do termo de adesão, de padrões mínimos de ética e de conduta, comunicação e treinamento de funcionários, canais de denúncias e ações de controle e ações de remediação e aprimoramento dos processos de trabalho.³³

Conclui-se que a adoção de ambos os programas abordados neste estudo, em uma análise contextual contemporânea, possui suas razões na necessidade social e administrativa por procedimentos e mecanismos eficazes destinados ao combate e

³² BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

³³ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *CGU lança programa de incentivo à integridade para ministérios*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/04/cgu-lanca-programa-de-incentivo-a-integridade-para-ministerios>>. Acesso em: 20 set. 2017.

prevenção de condutas ilícitas. Conseqüentemente, observada a natureza de seus pressupostos e sistemas pelos quais cada um se fundamenta, quando realizados de modo efetivo, a adoção de *compliance* e a adesão ao PROFIP contribuem significativa para o processo de mudança cultural, comportamental e ética, seja em uma empresa, órgão ou entidade. Ambos os programas caminham para a direção a não tolerância à corrupção.³⁴

³⁴ DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Campus Elsevier, 2013.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Adesões ao PROFIP*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/programa-de-fomento-a-integridade-recebe-adesao-da-secretaria-de-agricultura-familiar/adesoes-ao-profip.pdf/view>>. Acesso em: 11 set. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *CGU lança programa de incentivo à integridade para ministérios*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/04/cgu-lanca-programa-de-incentivo-a-integridade-para-ministerios>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Manual para Implementação de Programas de Integridade: orientações para o setor público*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Portaria n. 784, de 28 de abril de 2016*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_784_2016.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programa de Fomento à Integridade Pública (Profip)*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/profip>>. Acesso em: 10 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.
- BRASIL. Ministério dos Transportes. *Ministério dos Transportes adere ao Programa de Fomento à Integridade Pública*. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/ultimas-noticias/3635-minist%C3%A9rio-dos-transportes-adere-ao-programa-de-fomento-%C3%A0-integridade-p%C3%BAblica.html>>. Acesso em: 19 set. 2017.
- COMPLIANCE REVIEW. *A Fragilidade de Programas de Compliance no Brasil*. Disponível em: <<http://compliancereview.com.br/fragilidade-programas-compliance/>>. Acesso em: 11 set. 2017.

DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. São Paulo: Campus Elsevier, 2013.

FCPAMÉRICA. *Compliance*. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/languages/portugues/compliance/#>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FEBRABAN. *Função de Compliance*. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcao-de-compliance_09.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Espanha: Civitas Aranzadi, 2012. p. 49-64.

INVESOPEDIA. *Compliance Program*. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/c/compliance-program.asp>>. Acesso em: 07 set. 2017.

LOCATELLI, Piero. *Lei Anticorrupção vai mudar a atitude do empresariado brasileiro*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lei-anticorrupcao-vai-mudar-atitude-e-mentalidade-doempresariado-brasileiro201d-2906.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. *Compliance e acordo de leniência são convergência necessária para Brasil crescer*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-28/compliance-acordo-leniencia-sao-convergencia-necessaria>>. Acesso em: 11 set. 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

SERPA, Alexandre; SIBILLE, Daniel. *Os pilares do programa de compliance*. Disponível em: <<http://conteudo.lecnews.com/ebook-pilares-do-programa-de-compliance>>. Acesso em: 19 set. 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *Lei Anticorrupção e temas de compliance*. Bahia: JusPodvum. 2015.

STRATENWERTH, Günter; Kuhlen, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin: Heymanns Verlag, 2004.

ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA: UM ESTUDO SOBRE AS SEMELHANÇAS ENTRE OS INSTITUTOS E A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO CONJUNTA DESTES PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

Luiz Augusto Curado Júnior¹

Resumo

O presente artigo aborda os institutos jurídicos do acordo de leniência, previsto na Lei n. 12.846/2013, e da colaboração premiada, previsto na Lei n. 12.850/2013. Ambos os acordos são apresentados por intermédio de sua definição, natureza jurídica e características principais, oportunidade onde se explica em qual ramo do Direito cada acordo pertence. É traçada uma linha de evolução legislativa pela qual se passa a conhecer as legislações nacionais que inspiraram a criação desses institutos. São tecidas considerações acerca dos procedimentos a serem seguidos pelos colaboradores, os órgãos estatais competentes para celebrar os acordos, os requisitos a serem preenchidos pelas propostas, os efeitos do ajuste e os benefícios legais que os pactuantes fazem jus, no caso do cumprimento integral do trato firmado. Após, é apresentada uma série de críticas favoráveis e contrárias ao uso dos dois institutos, dentre as quais está a discussão acerca da ética da iniciativa do Estado de barganhar com infratores a redução de penalidades a serem impostas em troca de informações e documentos que possam auxiliá-lo no combate à corrupção.

Palavras-chave: Acordo de Leniência. Colaboração premiada. Combate à corrupção.

Abstract

This article consider the legal institutes of the Leniency Agreement, according to Law No. 12,846/2013, and the plea-bargaining agreement, established in Law No. 12,850/2013. The study consider both institutes definitions, legal nature and main characteristics, in order to develop about which branch of Law each agreement belongs. This study describes the legislative development, for the purpose of understanding the national legislations that inspired the creation of these institutes. This paper also make some considerations about the legal proceedings that collaborators and State's legal staff must follow in these agreements, as well the agreement effects and the legal benefits that both side hold due to the fulfillment of the agreement. Afterwards, this paper critically analyzes the pros and cons of these

¹ Aluno do curso de pós-graduação *lato sensu* de Direito Penal e Controle Social do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

two institutes, between them is the discussion about the ethical conflict for the State purpose these agreements with law-breakers, that provides them a penalty reduction, in exchange for information and documents that may help fight corruption.

Keywords: Leniency Agreement. Plea-bargaining Agreement. Fight against corruption.

1 INTRODUÇÃO

Acordo de leniência e acordo de colaboração premiada são dois institutos jurídicos que, como se verá, podem ser considerados irmãos, uma vez que ambos se consubstanciam em ajustes celebrados entre pessoas infratoras - jurídicas ou físicas, conforme o caso - e o Poder Público com o intuito de terem suas penalidades reduzidas em troca de auxílio na investigação dos delitos em que estiveram envolvidas.

O acordo de leniência de que trata este artigo é o previsto na Lei Anticorrupção (LAC - Lei n. 12.846/2013) e o acordo de colaboração premiada tem fundamento da Lei do Crime Organizado (LCO - Lei n. 12.850/2013).

Enquanto a Lei Anticorrupção (LAC) versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, a Lei do Crime Organizado (LCO) delimita o conceito da referida organização e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

A iniciativa legislativa da LAC surgiu de compromissos internacionais firmados entre diversos países para reprimir a conduta de empresas que atuam de forma antiética em contratos com a administração pública. Dentre esses pactos estão a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997 (promovida pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento - OCDE); a Convenção Internacional contra a Corrupção, de 2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2006².

² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 23.

Visando seguir a tendência mundial, o Poder Executivo federal encaminhou, em 2010, mensagem ao Congresso Nacional, propondo projeto de lei que passou a tramitar na Câmara dos Deputados, sob o número de PL n. 6.826/2010 e que, após uma série de emendas, resultou na Lei n. 12.843/2013, ora estudada.

A Lei do Crime Organizado (também conhecida como Lei da Colaboração Premiada), n. 12.850/2013, revogou a Lei n. 9.034/1995, trazendo novos conceitos em relação ao o que se deve ser considerada organização criminosa. A LCO específica, de forma bem completa, o procedimento a ser seguido para se obter provas por meio da investigação.

A título de curiosidade, ambas as leis analisadas neste trabalho integraram o Pacote Anticorrupção aprovado pelo Congresso Nacional em resposta aos protestos populares que ocorreram no mês de junho de 2013 e ficaram conhecidos como Manifestações de Junho ou Jornadas de Junho³. O incremento da velocidade na aprovação desses projetos de leis é apontado por parte da doutrina como a causa de algumas de suas imperfeições⁴.

Tecidas essas considerações, passa-se a analisar os institutos do acordo de leniência e o da colaboração premiada, observando suas semelhanças e diferenças, além do indubitável sucesso das investigações quando se obtém êxito na condução em paralelo dessas duas figuras jurídicas.

2 ACORDO DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/2013)

Tratar-se-á, inicialmente, de definir acordo de leniência, explicitando sua natureza jurídica e características intrínsecas do instituto, conforme previsto nos arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/2013.

³ GODOY, Marcelo; BRAMATTI, Daniel. *Prisões por corrupção crescem*. Disponível: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desde-2013-prisoos-por-corrupcao-crescem-288,70001861023>>. Acesso em: 1 nov.2017.

⁴ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 28.

O objetivo dessa análise inicial é melhor delimitar o conceito do acordo de leniência no âmbito da legislação que o introduziu no mundo jurídico, de forma a permitir sua melhor compreensão e tornar mais evidente a identificação de suas semelhanças com o acordo de colaboração premiada.

2.1 Definição, natureza jurídica e características do Acordo de Leniência

Leniência significa lenidade, abrandamento, suavidade, complacência. Vê-se, com base nesse conceito, que acordo de leniência representa um pacto de colaboração firmado entre o Estado e a pessoa jurídica que cometeu algum (ou alguns) dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, previstos no art. 5º da LAC⁵.

Tal ajuste pretende atrair para a pessoa jurídica infratora a redução das penalidades previstas na LAC, em troca do oferecimento de informações e documentos que permitam ao Estado, de forma célere, comprovar o ilícito sob apuração e a identificar os demais envolvidos na infração.

Pode-se afirmar que o acordo de leniência tem a natureza jurídica de meio de obtenção de provas, formalizado em um documento escrito, onde constam

⁵ Art. 5º: “Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.” BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

condições a serem cumpridas pela pessoa jurídica pactuante mediante uma recompensa legal consubstanciada na atenuação das sanções administrativas que lhe seriam aplicadas.

Marrara⁶ sintetiza bem as características inerentes ao acordo de leniência no âmbito da LAC:

(i) constitui acordo de direito administrativo, diferentemente da delação premiada, regida pelo direito penal; (ii) integra um processo administrativo punitivo, convivendo com a via unilateral de decisão estatal, ao contrário dos acordos de cessação de prática ou de ajustamento de conduta que, frequentemente, deflagram efeito substitutivo do processo; (iii) pressupõe um comportamento pretensamente ilícito, ainda em curso ou já cessado, e sempre desenvolvido em coautoria e (iv) que a Administração Pública não detém condições de, por si só, desenvolver com sucesso as atividades instrutórias no curso do processo administrativo sancionador.

2.2 Inspiração legislativa do Acordo de Leniência da LAC

O acordo de leniência previsto na LAC é claramente inspirado no acordo homônimo criado pela Lei n. 10.149/2000, que introduziu o art. 35-B na Lei n. 8.884/1994, que, por sua vez, dispunha sobre a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Esse novo dispositivo da Lei 8.884/1994, possibilitava que a União, por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) celebrasse acordo de leniência com a extinção da ação punitiva ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que tivessem praticado infração (ou infrações) à ordem econômica, com a condição de que auxiliassem nas investigações e no processo administrativo, atendessem aos termos do ajuste e que dessa colaboração resultasse: a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção

⁶ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 197.

de informações e documentos que comprovassem a infração noticiada ou sob investigação⁷.

A Lei n. 12.529/2011 (também conhecida como Lei Antitruste ou Concorrencial), que revogou a Lei n. 8.884/1994, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispoendo sobre outras matérias, passou a estabelecer a Superintendência-Geral do Cade como a responsável pela celebração do acordo de leniência.

Vale registrar que o acordo de leniência da Lei Antitruste, instituído para combater a prática de condutas anticoncorrenciais, restabelecendo a moralidade do mercado, foi transposto, literalmente, para a LAC, que tem o intuito de dismantelar os focos de corrupção no âmbito do setor público, restaurando a moralidade do Estado⁸.

Mas, apesar de terem sido copiados os termos do acordo de leniência da Lei Antitruste para a LAC, é importante se observar que o cumprimento do pactuado pelo acordante lhe confere imunidade penal, o que não ocorre no âmbito da lei ora estudada. Isso porque a LAC considera, isoladamente, a pessoa jurídica como sujeito ativo do delito corruptivo, separando-a da pessoa de seus dirigentes, não cabendo, assim, dispor sobre imunidade penal decorrente do pacto de leniência⁹.

2.3 Procedimentos para celebrar o Acordo de Leniência: competência, requisitos, efeitos e benefícios

A LAC conferiu a capacidade para celebrar acordos de leniência, com as pessoas jurídicas praticantes de atos lesivos contra a Administração Pública, à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, desde que atendidas algumas condições que serão analisadas no tópico seguinte.

⁷ PESTANA, Marcio. *Lei Anticorrupção*. Barueri: Manole, 2016, p. 152.

⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 373.

⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 374.

Como se trata de uma Lei Nacional, vale destacar que esse diploma legal é aplicável aos 3 Poderes Públicos das 3 esferas de governo. Assim, deve ser observada, por exemplo, pelo Poder Executivo de um Estado específico ou pela Câmara de Vereadores de determinado Município, podendo, estes entes, vir celebrar acordos de leniência.

No âmbito do Poder Executivo federal e no caso de crimes cometidos contra a Administração Pública estrangeira, no entanto, a regra é que a competência para a celebração dos acordos de leniência é da Controladoria-Geral da União (CGU).

Simão e Vianna¹⁰ acreditam que o legislador acertou ao estabelecer a CGU como competente para a celebração do acordo de leniência quando se trata de crimes cometidos contra a Poder Executivo federal e contra a Administração Pública estrangeira. Isso se dá porque, segundo esses autores, a CGU é um órgão que reúne, além da *expertise*, o conjunto de atribuições legais para melhor promover a negociação de acordos e teria melhores condições de conduzir o processo, seja promovendo a responsabilização administrativa das pessoas jurídicas ou agentes públicos que viessem a ser descobertos em razão da colaboração, seja pela interlocução com a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, no casos em que se encontre indícios de cometimento de infração penal.

Alguns doutrinadores, como Fidalgo e Canetti¹¹, comungam dessa mesma opinião e entendem que a competência para celebrar acordos de leniência quando se tratar dos Poderes Executivos estadual e municipal deve ser centralizada em órgãos que, assim como a CGU, na esfera federal, sejam aqueles próprios de controle interno já existentes ou a serem criados com o objetivo específico de aplicação da LAC¹².

¹⁰ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 103.

¹¹ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 270.

Carvalhosa¹³, por sua vez, entende que a CGU deveria ser a responsável pela celebração de todos os acordos de leniência nos planos estadual e municipal, bem como nos demais Poderes, pois acredita que as autoridades máximas desses (Prefeitos, Governadores, Ministros, Secretários de Estado, Presidentes dos Tribunais, Presidentes da Câmara e do Senado, dentre outros) *são susceptíveis – para não dizer naturalmente vocacionadas – a serem atingidas pelos delitos corruptivos praticados pela pessoa jurídica*. Assim, essa autoridade máxima não seria imparcial o suficiente para ser considerada competente para instaurar, julgar e muito menos negociar e firmar pactos de leniência.

No âmbito dos Poderes Judiciário federal e estadual e Legislativo federal, estadual, distrital e municipal, a LAC é lacunosa acerca de quem seria o órgão responsável por celebrar acordos de leniência. Em razão disso, devem ser observadas as competências constitucionais de auto-organização de cada ente para definir o encarregado de tal tarefa¹⁴.

De acordo com Marrara¹⁵, o Ministério Público Federal e o Estadual possuem competência subsidiária para celebrar acordos de leniência. Segundo esse doutrinador, o *caput* do art. 20, parte final, da LAC, prevê que na ação civil pública movida pelo MP por ato de corrupção, pode-se solicitar tanto as sanções civis, quanto a aplicação das administrativas, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa:

Nessa situação especial, surge a dúvida: de quem será a competência para a celebração do acordo de leniência? A ausência de norma legal significa que, nesse caso especial, o programa de leniência foi suprimido? Parece-nos que não. O fato de se deslocar a responsabilização administrativa para o processo judicial movido pelo Ministério Público também deve deslocar para esta entidade a competência de negociar e eventualmente celebrar o acordo de leniência, que, nesse

¹³ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207.

¹⁵ MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 208.

contexto, excepcional, será acoplado ao processo civil, e não ao processo administrativo.

A LAC prevê requisitos a serem preenchidos de forma cumulativa para que tenha validade o acordo de leniência. Estão estes quesitos estipulados em seu art. 16, § 1º: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O primeiro requisito – a exigência de que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito – é alvo de uma série de críticas de alguns doutrinadores que o consideram um grande equívoco do legislador que o copiou da Lei Antitruste sem sequer fazer qualquer juízo de valor acerca de sua aplicabilidade nesta legislação.

Simão e Vianna¹⁶, por exemplo, explicam que na Lei Antitruste, essa exigência tem sentido pois o acordo de leniência tem como objetivo principal a repressão à prática de cartel, infração exclusivamente plurissubjetiva, ou seja, sempre existirá mais de um agente infrator. Essa lógica, no entanto, não é aplicável na LAC, uma vez que existem ilícitos que podem ser praticados de forma unilateral. Ayres e Maeda¹⁷ compartilham da mesma crítica, enquanto Fidalgo e Canetti¹⁸, ressaltam que a norma não prevê a extensão de benefício algum para aqueles que se propuserem a colaborar após a primeira denúncia.

Quanto ao segundo requisito – cessação da conduta ilícita a partir da data da propositura do acordo –, verifica-se que nada mais é do que uma consequência

¹⁶ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 119.

¹⁷ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 245.

¹⁸ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 271.

lógica da proposta do acordo de leniência, e, sendo assim, a exigência legal é coerente.

Pestana¹⁹ questiona se a execução dos contratos em curso, decorrentes de atos de corrupção, deveriam ou não serem interrompidos com base nessa exigência. O próprio responde que não, uma vez que a conduta de corrupção é instantânea, logo, *encerrou-se no passado, não será imprescindível, para atendimento do requisito constante do preceptivo, que o ajuste seja rescindido e a relação jurídica totalmente encerrada.*

No concernente ao último requisito, o reconhecimento da prática lesiva, há de se considerar que a celebração de acordo de leniência, por si só, já exige que a pessoa jurídica pactuante seja responsável pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública. Destarte, esse requisito perde um pouco sua eficácia, pois *não há que se falar em celebração de acordo com a empresa que entende ser isenta de responsabilidade por conduta ilícita*²⁰.

No tocante aos benefícios a serem concedidos à pessoa jurídica, pactuante e cumpridora do acordo firmado, estão elencados nos arts. 16, § 2º, e 17, ambos da LAC, e, como já registrado no tópico anterior, condicionados à eficácia de sua colaboração. São eles: a) isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória; b) afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, por até 5 anos; c) redução, em até 2/3, do valor da multa a ser aplicada; e d) isenção ou diminuição das sanções relativas a licitação e contratos administrativos.

A publicação extraordinária da decisão condenatória, conforme prevê o § 5º do art. 6º da LAC, deverá ser realizada às expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional; também na

¹⁹ PESTANA, Marcio. *Lei Anticorrupção*. Barueri: Manole, 2016. p. 166.

²⁰ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 125.

forma de edital a ser afixado no próprio estabelecimento, em local visível ao público, pelo prazo mínimo de 30 dias; e, por último, no sítio eletrônico da empresa.

Vê-se que a isenção da publicação extraordinária da decisão condenatória é um grande negócio para a pessoa jurídica pactuante, uma vez que diminui bastante o impacto negativo desfavorável à sua imagem junto ao público, permitindo que, após os percalços dos atos lesivos praticados contra a Administração Pública, a empresa consiga seguir adiante em sua atividade.

Quanto ao afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de origem pública, trata-se de uma grande vantagem para a pessoa jurídica pactuante. Isso porque, após o desgaste de imagem decorrente da descoberta da prática dos ilícitos, por vezes a infratora padecerá da desconfiança do mercado bancário e financeiro e, conseqüentemente, terá estreitada sua linha de crédito, o que, invariavelmente impactará na sua tentativa de soerguimento.

No tocante à multa administrativa imposta, vale destacar que o art. 6, I, da LAC, dispõe que essa penalidade variará de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, sendo que esse valor nunca será inferior à vantagem auferida. A pessoa jurídica, no entanto, poderá ter sua sanção minorada pelo patamar de até 2/3 desse valor, desde que sua colaboração seja considerada satisfatória pela autoridade competente.

Por último, mas não menos benéfica para a pessoa jurídica pactuante, está isenção ou diminuição das sanções relativas a licitação e contratos administrativos, que são: a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública por prazo não superior a 2 anos; e d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

A vantagem deste último benefício é patente, pois a Administração Pública costuma ser considerada uma cliente de grande demanda e boa pagadora, o que permitiria novo fôlego à pessoa jurídica pactuante voltar a explorar seu negócio após sua condenação.

Simão e Vianna²¹ sugerem que a LAC poderia ter previsto um benefício maior à pessoa jurídica pactuante, qual seja, a isenção total das sanções administrativas. Para tanto, a infratora deveria possuir um sistema interno de integridade eficiente, capaz de identificar de forma antecipada a ocorrência de um ilícito, investigá-lo minuciosamente, e comunicar tempestivamente às autoridades. Vê-se que, mesmo agindo com toda a cautela, em razão responsabilidade objetiva que é prevista na lei, a pessoa jurídica lesadora será penalizada, tendo, apenas, suavizadas as sanções que lhe serão aplicadas.

Como fonte enriquecedora de sua argumentação, Simão e Vianna²² lembram que o acordo de leniência da Lei do CADE admite a *extinção da ação punitiva da administração pública* e isenta a pessoa jurídica de qualquer sanção administrativa, e o instituto da colaboração premiada do Direito Penal permite o perdão judicial. No mesmo sentido, lecionam os autores, estão o *FCPA*, o *UK Bribery Act* e o Código Penal espanhol, legislações que admitem a isenção total das sanções se restar cabalmente demonstrado que a pessoa jurídica adotou todas as medidas cabíveis para evitar a ocorrência do ato lesivo.

Mas as pessoas jurídicas pactuantes, além de direitos, têm, também, obrigações, que nascem com a assinatura do acordo. Já os deveres do Poder Público, que se referem à atenuação das penalidades, se concretizam, apenas, se a colaboração da pessoa jurídica se traduzir em efeitos práticos, ou seja, se, de fato, auxiliar na obtenção de provas.

Destarte, a simples conduta cooperativa da pessoa jurídica, por si só, não determina o compromisso do Estado de amenizar as sanções a ela aplicáveis. O dever

²¹ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 132-133.

²² SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 133-134.

estatal surge, apenas, com a efetiva identificação de outras pessoas, eventualmente, envolvidas na infração e com a efetiva entrega de informações e documentos que produzam provas, conforme prescrevem os incisos I e II do art. 16 da LAC.

Vale trazer à tona que a reparação integral do dano causado à Administração Pública não tem o condão de qualificar positivamente a pessoa jurídica pactuante, uma vez que o § 3º, do art. 16 da LAC, prevê que esse ressarcimento é sua obrigação de forma acertada, pois trata-se de uma infração que repercute em toda a coletividade.

Outro efeito importante do compromisso de leniência é a sua repercussão nas pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito. Estas, desde que firmem o acordo em conjunto e respeitem as condições nele estabelecidas, serão beneficiadas pelo acordo, conforme previsão do § 5º, do art. 16, da LAC.

Vale destacar que no caso de a pessoa jurídica pactuante descumprir as cláusulas do compromisso firmado (recusa do fornecimento de documentos e confissões prometidas, ou não comparecimento em audiências para elucidar situações, dentre outros), esta ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 anos contados do conhecimento pela administração pública da condição descumprida (LAC, art. 16, § 8º). Além disso, perderá os benefícios que poderia desfrutar, caso cumprisse estritamente os termos do acordo, sendo-lhe exigido, por exemplo, o pagamento do valor correspondente à redução da multa da qual havia se favorecido.

É relevante registrar que a LAC prevê, em seu art. 22, que a pessoa jurídica infratora deve ser incluída no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), rol público que reúne e dá publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário de todas as esferas de governo. Nesse cadastro deve constar, dentre outros dados, a sanção e a data de validade da penalidade. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a LAC determina que essa informação conste no CNEP.

Após essa explanação sintética acerca do acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, direciona-se a análise para um sucinto estudo da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, no intento de, ao final, se estabelecer um paralelo entre esses dois institutos.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTA NA LEI DO CRIME ORGANIZADO (LCO –LEI N. 12.850/2013)

A Lei n. 12.850/2013, em seus arts. 4 a 7, trata do acordo de colaboração premiada e é considerada o diploma legal mais completo sobre o tema. A colaboração premiada prevista nessa Lei e abordada nesse artigo é regulada na LCO como um meio de obtenção de prova.

A LCO, entretanto, regula os requisitos para concessão do acordo de colaboração premiada somente para o crime de organização criminosa. E possui regras de processamento do acordo de colaboração premiada que formam a primeira previsão sobre o tema no País.

Vale ressaltar que organização criminosa, de acordo com a Lei n. 12.850/2013, ora estudada, consiste em associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com 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.

Serão apresentados, adiante, algumas peculiaridades do acordo de colaboração premiada que servirão de eixo para possibilitar um cotejo entre este instituto e o do acordo de leniência tratado no tópico anterior.

3.1 Definição, natureza jurídica e características da colaboração premiada

A colaboração premiada é um ajuste entre um acusado de prática(s) criminosa(s) ou seu advogado, e o Ministério Público, ou o Delegado de Polícia, com manifestação do Ministério Público, com a finalidade de amenizar as sanções penais

que lhe serão aplicadas em razão do cometimento de delitos em comum com uma organização criminosa, sendo que em troca desse benefício auxilie a desbaratar o grupo criminoso que integrava.

Mendroni²³ afirma que a colaboração premiada não pode ser considerada, de fato, um acordo de vontade entre as partes acima referenciadas porque exige a participação de uma terceira figura, qual seja, o Juiz. Este não se envolve na negociação do ajuste, mas a ele compete a decisão final de conceder ou não algum benefício como recompensa pelo repasse de informações realizado pelo acusado.

A natureza jurídica deste instituto é a de meio de obtenção de provas, instrumentalizado por intermédio de um documento escrito, no qual constará, conforme o art. 6 da LCO: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e e) as especificações das medidas de proteção ao colaborador e o seu objeto.

Maciel²⁴ ensina que a colaboração ou delação premiada ajuda a romper a “lei do silêncio” imposta aos membros das organizações criminosas na medida em que se oferece benefícios ao corrêu, como perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou a substituição dela por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos legais para a sua concessão.

A colaboração premiada costuma ocorrer durante a investigação criminal, no entanto, nada impede que ela aconteça no decorrer da instrução processual, e até mesmo depois da sentença ou mesmo na fase de sua execução. A inexistência de limite proibitivo é salutar pois possibilita que, a qualquer tempo, se possa identificar membros da organização criminosa, prendê-los e evitar que novos delitos sejam cometidos.

²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Altas, 2015. p. 131.

²⁴ MACIEL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 186-187.

3.2 Inspiração legislativa da colaboração premiada

A colaboração premiada não é exclusividade da LCO. Na verdade, ela é prevista em várias outras leis penais nacionais. A colaboração premiada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos) que, por meio de seu art. 7º, alterou o Código Penal, incluindo o § 4º no art. 159, que trata do delito de extorsão mediante sequestro, prevendo que *se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços*²⁵.

Em seguida, o instituto foi incluído no parágrafo único, do art. 16, da Lei n. 8.137/1990 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo), versando que *nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*²⁶.

Em maio de 1990, a foi editada a Lei n. 9.034/1995, a antiga Lei do Crime Organizado, revogada pelo diploma ora estudado Le n. 13.850/2013, que trazia, em seu art. 6º, a previsão de que *nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria*²⁷.

Dois meses depois, o mesmo instituto jurídico foi incluído também no art. 25 da Lei n. 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), por meio da Lei n. 9.080/1995, o § 2º que invocava que *nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de*

²⁵ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁷ BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

*confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços*²⁸.

Em 1998, a Lei n. 9.613 (Lei dos Crimes de Lavagem de Bens, Dinheiro e Valores)²⁹, apropriou-se desse recurso do direito penal premial, inserindo-o no § 5º, do art. 1º, permitindo: a) redução de pena de 1/3 a 2/3; b) ser cumprida em regime aberto ou semiaberto; c) a não aplicação da pena; ou d) substituição, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos – *desde que o autor, coautor ou partícipe colabore 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.*

A Lei n. 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e de Proteção de Acusados ou Condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração), introduziu a colaboração premiada, prevendo a possibilidade de concessão do perdão judicial ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: *a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; a localização da vítima com a sua integridade física preservada; e a recuperação total ou parcial do produto do crime.*

A mesma lei prevê, ainda, a redução de pena de 1/3 a 2/3 ao indiciado ou acusado *que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação.*

Por fim, a Lei de Drogas, n. 11.343/2006, também trouxe o instituto ora estudado no art. 41. Esse dispositivo dispõe sobre a possibilidade de o indiciado ou acusado, colaborando voluntariamente com a investigação policial e com o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na

²⁸ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁹ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

recuperação total ou parcial do produto do crime, de ter sua pena reduzida de 1/3 a 2/3.

Todos os diplomas supracitados, exceto a revogada Lei n. 9.034/1995, continuam em vigor. Muitas vezes tais diplomas se referem à colaboração premiada com termos sinônimos, mas o objetivo é o mesmo: recompensar o autor, coautor ou partícipe de delito que colaborou com a autoridade policial ou judicial ou com o órgão do Ministério Público e possibilitou que fossem apuradas de forma eficaz a infração penal e sua autoria.

É importante também trazer a forma pela qual a LCO trata a matéria em análise. Aqui, se permite a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos daquele que colabore efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que com seu auxílio, se obtenha, nos termos do art. 4º da LCO: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

3.3 Procedimentos para celebrar o acordo de colaboração premiada: competência, requisitos, efeitos e benefícios

A LCO pode ser considerada a legislação mais completa sobre colaboração premiada no âmbito nacional, pois é a única que delineou uma espécie de “procedimentos” a serem seguidos, facilitando a implementação do acordo de colaboração premiada e suprimindo uma lacuna legislativa³⁰.

³⁰ COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 101.

A celebração do acordo de colaboração premiada depende, a teor do art. 4º, § 6º, da LCO, das negociações a serem realizadas entre o Delegado de Polícia, o investigado e seu defensor, com manifestação obrigatória do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Na fase pré-processual (investigativa), Leonardo Dantas Costa³¹ ensina que o Ministério Público tem legitimidade concorrente com a Autoridade Policial e, ainda que não seja parte na elaboração do termo de colaboração, deve ratificá-lo. Mas na fase processual da persecução, o Ministério Público tem legitimidade exclusiva para a proposição do acordo de colaboração.

Em razão da obrigatoriedade legal de atuação conjunta entre a Autoridade Policial e do Ministério Público, sobretudo na fase pré-processual, mostra-se imprescindível a cooperação e integração entre esses órgãos. É comum a formação das chamadas forças-tarefas compostas por integrantes da Polícia e por membros do Ministério Público.

O Juiz, de acordo com o art. 4º, §§ 6º e 7º, não participa das negociações, preservando-se imparcial no processo. O papel do magistrado restringe-se, apenas, a homologar ou não o pacto firmado entre as partes, desde que verificadas sua regularidade, legalidade e voluntariedade do investigado ou acusado.

A regularidade da colaboração consubstancia-se no dever de dar ciência ao investigado ou acusado das consequências penais e processuais penais a que estará sujeito, assim como as garantias de sua segurança e de seus familiares. Cumpridas essas formalidades legais, o indivíduo não poderá alegar violação ao direito de não se autoincriminar, uma vez que estaria, conscientemente e voluntariamente, abrindo mão de uma prerrogativa para alcançar benefícios.

Após a homologação do acordo pelo magistrado, o investigado ou acusado passa a ser considerado colaborador e a fazer jus aos direitos previstos no art. 5º: I -

³¹ COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 119.

usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Além disso, começam os chamados atos de colaboração previstos no art. 4º, § 9º, quando, sempre que necessário, o colaborador será ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações.

De acordo com o § 10 do art. 4º, tanto o Ministério Público quanto o colaborador podem retratar-se da proposta de colaboração em função, por exemplo de o investigado entender que a delação lhe trará mais prejuízo do que vantagens, ou o Ministério Público considerar que o colaborador não cumpriu as promessas realizadas. Havendo retratação, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador só não poderão ser utilizadas contra ele, mas valerão para contra os outros investigados ou corréus. Caso seja o Ministério Público a se retratar, a colaboração do delator poderá servir contra os outros envolvidos, mas o colaborador não recebe benefício algum, a não ser pela impossibilidade de as provas produzidas por ele próprio não poderem se voltar contra sua pessoa³².

Quanto aos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, estes estão previstos no *caput* do art. 4º, que são: perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 ou a substituição dela por pena restritiva de direitos. Aqui, vale a crítica de Maciel³³ de que teria sido mais adequado que lei trouxesse o mínimo legal de redução da pena, pois, da forma como está redigida, em tese, seria possível a redução em apenas um dia.

³² MACIEL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 201.

³³ MACIEL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 196.

Sendo firmada a colaboração após a sentença, a teor do § 5º do art. 4º, a pena fixada poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Há de se observar que neste momento, já não há possibilidade de perdão judicial e que a redução máxima é menor que a do *caput* do artigo que diz que será de até 2/3 da pena.

O último benefício para o colaborador é que é admissível que o Ministério Público, verificando que o pactuante não é o líder da organização criminosa e tiver sido o primeiro a prestar efetiva contribuição, deixe de oferecer denúncia.

Masson e Marçal³⁴ lecionam que a proposta de colaboração homologada pelo juiz nada mais é do que uma simples promessa judicial quanto à aplicação dos benefícios oriundos do acordo formalizado. A eficácia do acordo está condicionada à sentença final condenatória, título no qual restará consignada a redução ou substituição da pena, ou mesmo o perdão judicial.

Após esses esclarecimentos básicos acerca do acordo de colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/2013, é fundamental realizar uma análise conjunta deste com o acordo de leniência já tratado no artigo, apresentando as principais críticas aos dois institutos e a importância de se firmar ambos os ajustes com fito a obter maior efetividade no combate à corrupção.

4 ACORDOS DE LENIÊNCIA (LAC) E DE COLABORAÇÃO PREMIADA (LCO): CRÍTICAS E NECESSIDADE DA CONJUGAÇÃO DOS DOIS INSTITUTOS

Como se pode perceber da sucinta apresentação dos acordos de leniência e de colaboração premiada, é que são institutos jurídicos muito similares. Ambos visam recompensar, respectivamente, pessoa jurídica responsável pelo cometimento de atos lesivos à Administração Pública e pessoa física integrante de organização criminosa, que, em troca do abrandamento de sanções administrativas ou penais (conforme o caso), por parte do Estado, oferecem ajuda, de forma voluntária, nas investigações e

³⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 130.

no processo administrativo ou penal (conforme o caso), a desbaratar o esquema ilícito.

São institutos tão semelhantes, um no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e outro no do Direito Penal, que Márcio Pestana³⁵ e Simão e Vianna³⁶, por exemplo, quando se debruçam no esforço de traçar uma evolução histórico-legislativa do acordo de leniência no Brasil, acabam por inserir em suas explicações as espécies de acordo de colaboração premiada da legislação penal, inclusive a prevista na LCO.

Com base nessa identidade dos dois institutos, vale trazer algumas críticas favoráveis e contrárias que podem aplicadas a ambos.

Parte respeitável da doutrina é contrária à concessão de prêmios ao colaborador processual, pois consideram que o fundamento desses institutos é a falência do Estado para combater a criminalidade organizada que seria mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada³⁷.

Segundo esses doutrinadores, a positivação de regras sobre uma política de recompensas a infratores que delatam seus comparsas, nada mais é do que a confissão do Estado sobre sua incapacidade de exercício do controle social do intolerável e convoca em auxílio o próprio criminoso.

Bittencourt e Busato³⁸ chamam atenção para o fato de que, ainda que seja possível afirmar ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é arriscado apostar que tais informações, oriundas de uma traição, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo.

³⁵ PESTANA, Márcio. *Lei Anticorrupção*. Barueri: Manole, 2016. p. 150-152.

³⁶ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. p. 93-96.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116-117.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117-118.

Com o auxílio de Guilherme de Souza Nucci³⁹, é possível trazer ao lume uma série de argumentos e contra-argumentos acerca da legitimidade dos acordos premiados:

1) Se de um lado, oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; de outro, não se pode nem se deve falar em ética ou em valores no universo criminoso, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado. Ademais, a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada.

2) Ao mesmo tempo em que se defende que o uso dos acordos premiados pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados (autores de condutas tão graves quanto as dele), não se pode considerar eventual desproporcionalidade ou desarmonia na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menos culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave;

3) Sustenta-se que a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; no entanto, o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição com bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito;

4) Não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos, todavia, pode-se considerar que esses mesmos fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico;

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 728-729.

5) A delação premiada, do jeito como delineada, não serviu até o presente momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, mas a ineficiência atual do acordo de colaboração condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador;

6) Aduz-se que o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade, contudo o Poder Público já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei n. 9.099/95. O acordo de colaboração é, apenas, mais uma forma de transação;

7) Alega-se que os acordos consubstanciam-se um estímulo a delações falsas e um incentivo a vinganças pessoais, mas, ao mesmo tempo, o benefício concedido ao delator também pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, um dos fundamentos da própria aplicação da pena. Ademais, quando detectada a falsa delação, esta deve ser severamente punida.

Cumprе ressalvar que a última crítica contrária aos acordos ora estudados, destacada acima, – possibilidade de o Estado premiando o acordante, incentivaria a propagação de delações falsas – não procede de forma alguma. Isso porque, como já se viu, a natureza jurídica dos pactos analisados neste trabalho é de “meio de obtenção de provas” e não de provas finais e completas. Tratam-se de formas de se obter documentos e informações relevantes à investigação que permitam alcançar evidências materiais para atingir o objetivo legal, que são: a) no caso da LAC, a identificação dos demais infratores envolvidos, quando houver, e obtenção de documentos e informações que comprovem o ilícito em apuração; e b) no caso da LCO, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais cometidas; revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas; prevenção contra novas infrações penais; recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime; e localização de eventual vítima com sua integridade física protegida.

Frederico Valdez Pereira, desenvolve raciocínio correlato ao defender que não se deve confundir a colaboração premiada (o mesmo vale para o acordo de

leniência) com a simples incriminação de terceiros, pois o pacto firmado revela elementos importantes que permitem às autoridades desbaratar esquemas delituosos ou esclarecer o cometimento de infrações graves.

Outro problema que os acordos de leniência e de colaboração premiada ajudam a enfrentar é a dificuldade de se obter provas em esquemas de corrupção que envolvam ou não organizações criminosas, devido, sobretudo, ao informal acordo tácito entre os infratores, também conhecido como “lei do silêncio”. Assim, sem qualquer incentivo estatal, seria muito mais árduo, demorado e custoso o trabalho de investigação para desbaratar estruturas formadas para lesar os cofres públicos.

Mendroni reforça a corrente favorável às colaborações assentindo que mesmo que a delação premiada seja uma prática antiética, ela está prevista em lei e objetiva tornar mais eficiente a aplicação da justiça em relação aos crimes mais graves e que abalam de forma mais profunda a ordem pública, sendo que a ética seria um valor moral de menor agressividade do que a prática de um ilícito e assim, na hipótese de choque entre ambos, é mais coerente sacrificar tópicos de ética em troca da restauração da ordem pública estremecida pela prática de infração grave.

Ademais, no que tange aos princípios da proporcionalidade e da igualdade, continua Mendroni, estes não são afrontados quando são aplicadas punições diferenciadas contra pessoas que praticaram exatamente a mesma conduta ilegal, uma vez que a dosimetria das sanções deve ser realizada de acordo com o princípio da individualização da pena, atendendo as peculiaridades de cada um dos acusados.

Em que pese toda a polêmica em torno dos acordos de leniência e de colaboração premiada, entende-se que esses institutos são um “mal necessário” pois facilitam o trabalho estatal no combate à corrupção. Por vezes, podem representar a única solução ao Estado para lidar com esse tipo de delito, que costuma se desenvolver por meio de tramas muito bem engendradas.

Assim, no enfrentamento da corrupção, em casos que se detecte a participação de uma organização criminosa, torna-se essencial o trabalho conjunto dos órgãos estatais competentes. No cenário federal, por exemplo, a Polícia Federal

e/ou o Ministério Público Federal ao descobrirem a existência de uma organização criminosa que pratique algum dos atos considerados lesivos à Administração Pública (previstos no art. 5º da LAC), devem participar a Controladoria-Geral da União (CGU) nas investigações. O mesmo vale para a situação contrária em que a CGU seja a primeira a detectar uma pessoa jurídica corruptora e que se observe a possibilidade de se estar diante de uma organização criminosa.

A utilização desses dois institutos, de forma conjunta, pelos órgãos competentes pode ser um excelente instrumento no combate à corrupção, uma vez que todo o processo de investigação e punição, seja na esfera administrativa ou judicial, seria muito mais célere e barato ao Estado.

Há de se ter sempre em mente que o bem maior a ser protegido quando se enfrenta a corrupção é o bem-estar da coletividade que reflete diretamente na segurança do Estado Democrático de Direito. Logo, não se deve abrir mão do uso de ferramentas tão eficazes quanto as ora estudadas com o fito de manter a ordem pública e social.

5 CONCLUSÃO

Como visto no desenrolar deste artigo, o acordo de leniência e o de colaboração premiada se mostram instrumentos bem eficazes no combate aos ilícitos que se propõem enfrentar, quais sejam, atos lesivos à Administração Pública e crimes cometidos por organizações criminosas, respectivamente.

Mas na oportunidade em que se detectar a participação de pessoa jurídica corruptora envolvida ou integrante de uma organização criminosa, a atuação conjunta dos órgãos estatais competentes para realizar a investigação é imperiosa, sobretudo na tentativa de celebrar os acordos ora debatidos.

A resistência de alguns doutrinadores nacionais na aplicação dos acordos de colaboração pode ser explicada pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro ter nascido pautado na experiência do *civil law*, o que significa que o Direito brasileiro não tem a vivência em negociações no âmbito do Direito Penal e Processual Penal e sua sociedade está habituada a um outro sistema de persecução e punição, tendo

dificuldades, inclusive, de assimilar a implementação de institutos previstos na legislação desde 1995, como: proposta de conciliação, de reparação de danos, transação e suspensão condicional do processo, todas essas trazidas pela Lei n. 9.099⁴⁰.

No entanto, essa reação contrária pode e deve ser vencida, a partir do momento em que se começar a observar os frutos positivos que se colherá do uso responsável dos acordos de leniência e de colaboração premiada no combate à corrupção e o efetivo declínio do número de delitos dessa espécie no país.

⁴⁰ FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 76, fev-mar, 2017. p. 47.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a Justiça*. Curitiba: Juruá, 2017.

FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada: expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, n. 76, fev./mar. 2017.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GODOY, Marcelo; BRAMATTI, Daniel. *Prisões por corrupção crescem*. Disponível: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,desde-2013-prisoos-por-corrupcao-crescem-288,70001861023>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

MACIEL, Alexandre Rorato. *Crime Organizado: persecução penal e política criminal*. Curitiba: Juruá, 2015.

MARRARA, Thiago. Comentários ao art. 16. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance, concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Altas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2014.

PESTANA, Marcio. *Lei Anticorrupção*. Barueri: Manole, 2016.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.