

## A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 65/2014 | p. 263 | Jul / 2014  
DTR\2014\15162

### Marcella Blok

Pós-graduada em Direito Empresarial com ênfase em Societário e Mercado de Capitais pela FGV-RIO. Advogada.

**Área do Direito:** Administrativo; Comercial/Empresarial

**Resumo:** A lei anticorrupção representa, indubitavelmente, uma grande vitória da democracia, uma vez que o Brasil está compreendido em um rol de países que respeitam um ambiente de negócio probo, honesto e que tenta implementar padrões de negócios diferenciados em termos da qualidade e conduta das empresas. Mais do que uma obrigação, a instauração da lei anticorrupção - tanto em seu braço externo como no interno - representa uma visão de maior competitividade para o Brasil. Esta transcende a questão ética e moral. Afinal, em um ambiente com menos corrupção, é gerada mais competição e a vitória dá-se pelo agente/empresa que tem mais capacidade técnica para atuar. As empresas têm de estar preparadas para serem competitivas, bem como para produzirem melhor e por melhores preços. A corrupção é um dos maiores fatores de distração da economia e, por isso, o compliance, exerce um papel fundamental nesta jornada.

**Palavras-chave:** Lei 12846 - Combate - Corrupção - Compliance - Corregedoria Geral da União (CGU) - Due diligence - Fusões e aquisições.

**Abstract:** The anti-corruption law is undoubtedly a great victory for democracy, since Brazil is encompassed in a list of countries that respect an environment of honest, duly business and that tries to implement differentiated business standards in terms of quality and conduct of business. More than an obligation, the establishment of anti-corruption law - both in its external and internal aspects, is a vision of greater competitiveness for Brazil. This transcends the ethical and moral issue. After all, in an environment with less corruption, is generated more competition and winning is given by the agent / company that has more technical ability to act. Companies must be prepared to be competitive and to produce better and provide better prices to their consumers. Corruption is one of the biggest factors in distraction of the economy and therefore the compliance, plays a key role in this journey.

**Keywords:** Law 12846 - Combat - Corruption - Compliance - General Internal Affairs Union (CGU) - Due diligence - Mergers and acquisitions.

### Sumário:

Introdução - 1.A Lei 12.846/2013 – A Lei Anticorrupção - 2.Corrupção - 3.O valor de um bom compliance e a importância da Corregedoria Geral da União (CGU) - 4.Due diligence e a lei anticorrupção aplicada a casos de fusões, aquisições e gestão de terceiros - 5.Conclusão

A aprovação da lei anticorrupção foi saudada em editoriais dos principais jornais do País, que a noticiaram como um avanço e uma resposta do poder público aos anseios da sociedade brasileira. É mais do que justo. Afinal, a aprovação da lei é um marco por si só. Mas é preciso lembrar que se trata de uma primeira iniciativa. A própria lei deixa uma série de pontos desamarrados que precisarão ser aperfeiçoados com o tempo e com a jurisprudência, que irá sendo formada. Ao governo federal, cabe estabelecer regras claras, justas e isonômicas, para que o “jogo seja jogado” dentro das regras, em terreno plano e da maneira mais “limpa” possível. Já as companhias devem convencer-se, tanto na relação com o governo como nos negócios privados que “jogar limpo” é, ou pelo menos, deveria ser, um bom negócio.

No capítulo primeiro do presente ensaio, abordaremos mais detalhadamente as especificidades dessa novel lei, por meio de seu histórico, a questão da responsabilidade objetiva (sem a menor sombra de dúvidas, um divisor de águas em termos de legislações brasileiras e seus meios de prova), os agentes da lei (as pessoas jurídicas e não somente os sócios de sociedades empresárias, simples, associações, dentre outras), as penalidades civis e administrativas, sem nos olvidarmos dos pontos negativos e dos pontos nebulosos decorrentes dela e que serão mais bem solucionados e esclarecidos ao longo do tempo com a aplicação deste novo dispositivo legal e com a jurisprudência.

O segundo capítulo abordará de forma sucinta e objetiva a corrupção, o “elemento do tipo” da nova lei, bem como seu conceito, o histórico e o direito comparado, dando especial ênfase ao combate à corrupção no plano internacional (sobretudo, à Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção e realizando-se um comparativo entre a Lei Anticorrupção, o FCPA e o UK *Bribery Act*). Serão apresentados os dispositivos legais que já preveem penalidades e sanções em casos de corrupção ativa e passiva (tal como no Código Penal), os cometidos por funcionários públicos violando aos princípios administrativos vigentes (vedados pela Lei de Improbidade administrativa – a Lei 8.429/1992), casos de corrupção em licitações (previstas e sancionadas pela Lei de Licitações – a Lei 8.666/1993), corrupção em casos de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998) e em casos de abuso e violação ao direito de concorrência (lei de defesa da concorrência – a Lei 12.529/2011) e as “novidades” trazidas pela novel Lei 12.683/2012 – a Lei Anticorrupção – e o conceito de corrupção intrínseca a este instrumento legal.

A questão do *compliance*, de vital importância para assegurar as boas práticas de governança corporativa e para evitar casos nefastos de corrupção, virá elucidada no capítulo terceiro deste artigo. Na nova lei, a existência de programa de *Compliance* efetivo passará a gerar benefício para a pessoa jurídica em caso de violação. Em poucas palavras: para ser efetivo, um programa de *compliance* exige o comprometimento da pessoa jurídica como um todo em todas as fases e aspectos de sua implantação e manutenção.

De acordo com o texto aprovado, a existência de mecanismos e de procedimentos internos de integridade, auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, tudo isso será levado em consideração na aplicação das sanções. Em poucas palavras: para ser efetivo, um programa de *compliance* exige o comprometimento da pessoa jurídica como um todo em todas as fases e aspectos de sua implantação e manutenção.

Os parâmetros de avaliação dos programas de *compliance*, por sua vez, serão estabelecidos em regulamento a ser publicado pelo Poder Executivo Federal.

O capítulo quarto cuidará da *due diligence* processo de auditoria fundamental para se evitar a corrupção, sobretudo, em casos de fusões e aquisições, levando-se em conta a *Resource Guide to the U.S. FCPA*.

O capítulo seguinte – a conclusão – encerrará o presente ensaio apontando o caminho que ainda está por vir e os avanços logrados pela Lei.

## 1. A Lei 12.846/2013 – A Lei Anticorrupção

A Lei Anticorrupção nasceu de um projeto enviado pelo Executivo Federal, ainda em 2010. Diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil como signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, todos os 36 sócios da entidade (incluindo-se o Brasil) se comprometeram a criar legislações de combate ao suborno em países estrangeiros. O projeto permaneceu por cerca de três anos inerte até que um grupo de deputados conseguiu constituir uma comissão especial, que permitisse dar mais celeridade ao processo de tramitação, tendo sido sancionada em agosto de 2013 (a Lei foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 24.04.2013 e pelo Senado em 04.07.2013 e encaminhado para sanção presidencial).

A nova legislação tem abrangência nacional. Ela pode ser aplicada pela União, estados e municípios e pelos três poderes.

Durante o período de tramitação, alguns pontos foram alvos de questionamentos por parte de alguns deputados, como limites de valores para a autuação e de veto da presidente Dilma ao sancionar a Lei. Entidades empresariais, como o Ibrademp, por meio do seu comitê de *compliance*, também participaram das discussões levando sugestões para que a Lei pudesse ser mais adequada e efetiva à realidade do mundo dos negócios.

Inspirada na lei estadunidense *Foreign Corrupt Practices Act*, que tem sua origem no emblemático caso *Watergate*, a Lei Anticorrupção introduz a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica envolvida em casos de corrupção praticados em seu interesse ou benefício. Ou seja, a lei prevê a

possibilidade da responsabilização da empresa independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais envolvidas, responsabilidade legal essa que pode subsistir mesmo na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, havendo a responsabilidade solidária da empresa sucessora, englobando a obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude na operação.

Em relação à corrupção, a legislação estrangeira e alienígena, via de regra, é semelhante à brasileira, incluindo a responsabilidade administrativa objetiva, advertindo a empresa para que fiscalize seu funcionário ou parceiro. Isso ocorre porque, se o funcionário ou o parceiro praticam algum ato de corrupção que beneficia a companhia, ela responderá judicialmente, sendo interessante que a responsabilidade seja delegada à empresa, que fica responsável pela prevenção de tais atos.

Nessa trilha, advêm dois institutos fundamentais no combate à corrupção: a delação premiada e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Este último é fundamental por permitir a identificação e o rastreamento de dinheiro oriundo do crime organizado, algo mais efetivo do que a prisão dos líderes do crime organizado, pois estes podem ser substituídos.

Em relação à delação premiada, considera-se válida a concessão de benefícios a quem se dispõe a colaborar com a investigação do crime. No entanto, seria necessário que os benefícios no âmbito administrativo fossem ampliados à esfera penal na Lei 12.846, para manter o estímulo à delação premiada. Nesse particular, a investigação e a aplicação de sanções cabem exclusivamente à CGU.

Para as empresas que já estão sob a égide de legislações anticorrupção internacionais, a introdução da nova lei brasileira não deve representar grandes mudanças ou desafios maiores.<sup>1</sup> Trata-se um universo considerável de companhias relevantes, principalmente grandes e médias multinacionais norte-americanas e europeias. Boa parte dos maiores grupos empresariais brasileiros também já opera com áreas de *compliance* (ou controles internos e auditoria no mínimo).

Ocorre que, de uma forma geral, o *compliance* não é muito difundido em nossas empresas nacionais. São raras as empresas 100% brasileiras que operam algo desta natureza. Mas existem milhares de empresas locais, de todos os portes e setores da economia, que já têm conhecimento da nova lei e, nesse momento, avaliam como adequar suas operações para essa nova realidade, analisando o impacto sobre os seus negócios, sobretudo, as empresas com maior atuação no setor público. Nesse contexto, muitas companhias vão ter de começar do zero. É pouco provável que grandes empresas regionais geridas por meio de pequenos negócios familiares, com peso e grande influência financeira e política nas regiões em que atuam, tenham estruturas de *compliance* compatíveis com o seu porte.

Acredita-se que a nova lei possa ter impacto direto em outros campos da economia, como no mercado de crédito. As instituições financeiras, quando forem emprestar recursos para empresas que tenham certa participação de negócios com o poder público, passarão a levar em conta os dispositivos desse novo instrumento legal. Empresas sem esses mecanismos (de proteção e integridade) vão pagar um custo mais alto. Pensa-se que as relações privadas também vão forçar as empresas a se adequarem a essa nova lei.

Cumpra ressaltar que a abrangência da lei não se dá apenas para grandes licitações públicas. As fiscalizações, onde se concentram a maioria dos casos, em termos de volume, também são abrangidas pela lei anticorrupção.

A lei ordena, de forma implícita, que para mitigar os riscos, todas as empresas brasileiras deverão:

- Criar um efetivo Programa de *Compliance*;
- Aplicar sucessivos treinamentos aos seus funcionários e terceiros;
- Realizar *Due Diligence* anticorrupção em operações societárias e gestão de terceiros;
- Criar sistema de monitoramento;
- Instituir meios para investigação.

### 1.1 A punição do estado à empresa sem que ela tenha agido com dolo ou culpa.

## Responsabilidade objetiva na lei anticorrupção.

O principal alvo de discussão da nova lei foi a questão da responsabilidade objetiva. Mas durante todo o processo, representantes de setores industriais e alguns deputados atuaram de maneira bastante ativa para alterar esse ponto. Pela nova lei, o poder público não precisa provar que uma empresa, que factualmente se envolveu em um ato de corrupção com agentes governamentais, se beneficiou desse ato. Basta a prova de que a corrupção existiu para que ela possa ser punida. E também não adianta transferir a responsabilidade para um funcionário da empresa – o que costumava acontecer na grande maioria dos casos de escândalos de corrupção, e deixar que ele seja o único a arcar com as consequências do problema.

O governo, nesta trilha, colocou um peso significativo no que toca à questão da responsabilidade objetiva, entendendo ser mais fácil a aplicação da lei, já que não se faria obrigatória a prova do dolo da prática do ato lesivo.

A lei anticorrupção submete, pois, seus sujeitos ao regime da responsabilidade objetiva. Isso significa que, ocorrido o fato descrito como corrupção, não há a necessidade de verificação se a empresa agiu com culpa para fins de aplicação das sanções. A nova lei, portanto, não considera relevante se houve ação dolosa (intencional) ou culposa da empresa (alguma negligência, imprudência ou imperícia).

Ocorre que a nova lei trata de duas responsabilidades: a civil e a administrativa. A civil é a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade. Sua natureza, portanto, é indenizatória.

A responsabilidade administrativa é uma manifestação do poder de polícia estatal que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Verificado o descumprimento de normas administrativas, cabe ao poder de polícia impor sanções, que não têm natureza indenizatória, mas sim punitiva.

No campo civil indenizatório, o sistema jurídico brasileiro admite a responsabilidade sem culpa em situações especiais, baseadas na teoria do risco. Essa construção teórica parte da argumentação de que se uma atividade é perigosa e gera riscos para a sociedade, o dever de ressarcir os prejuízos decorrentes dessa atividade deve independender da apuração de culpa.

Sanções administrativas, porém, dada a sua natureza punitiva, dependem da apuração da vontade do infrator. Não é possível punir alguém sem que fique comprovado que a ação decorreu de um ato voluntário, intencional (doloso) ou mesmo por não observar o dever de cuidado (culposos).

Mas a nova lei é omissa e trata dos dois ramos de maneira única, impondo a responsabilidade sem culpa. Esse ponto provavelmente demandará provocação ao Poder Judiciário, pois é juridicamente plausível uma solução que preserve à empresa o direito de se escusar da responsabilidade quando não agir dolosamente ou agir sem culpa, pelo menos para fins de sanções punitivas.

Enquanto a Justiça não se pronuncia, cabe às empresas usar de medidas em duas frentes: uma preventiva, para afastar o risco de qualquer empregado, preposto ou representante pela prática de atos que possam, em tese, ensejar as condutas proibidas pela lei; e outra, já na batalha processual, que pretenda afastar a incidência da responsabilidade objetiva em relação à aplicação de sanções punitivas.

Ciente ou não do problema, as empresas terão de arcar com as consequências. A partir dessa nova lei, a pessoa jurídica estará submetida à Corregedoria Geral da União (CGU), órgão o qual pode puni-la pelo ato de corrupção praticado, o que pode ser considerada uma grande vitória para o órgão público.

A lei, ademais, traz detalhamentos e cria regras mais severas e rígidas do que as que constam da lei das licitações em vigor e trouxe um rol de situações que eram praticadas, mas não estavam muito claras de que forma poderiam ser penalizadas, sob o ponto de vista administrativo.

Além disso, a lei ampliou bastante a oferta de instrumentos à disposição dos órgãos responsáveis por aplicá-la, inclusive dos ministérios públicos. A multa agora incide sobre o faturamento bruto da empresa e a companhia pode ficar proibida de receber qualquer tipo de subsídio ou incentivo de

recursos públicos. Além disso, far-se-á mister a reparação total ao caixa do estado dos danos causados pelo ato da empresa, o que não exclui as outras penalidades.

Atuando pela via judicial, o poder do Ministério Público e da Advocacia Pública também cresceu. Hodiernamente, eles podem pedir a suspensão e a interdição parcial das atividades da empresa. E, em casos extremos, quando for constatada a prática reiterada de atos de corrupção, o poder público pode solicitar a dissolução compulsória da empresa.

Ocorre que para parte da doutrina e para os contrários à lei, esse pode representar um dos problemas da aplicação da responsabilidade objetiva. Ela pode incorrer em injustiça com empresas que “supostamente” possam ser punidas pela atitude de algum funcionário agindo sem o consentimento dos seus superiores ou da direção da empresa.

A título de exemplificação, de acordo com a nossa legislação pátria, um caso como o recente envolvendo o Morgan Stanley talvez não tivesse o mesmo desfecho por aqui. O banco de investimentos foi isentado de pagar qualquer multa em um caso de violações da lei anticorrupção norte-americana, por conta da ação de um de seus executivos na China, porque conseguiu mostrar aos agentes do país que o seu programa de *compliance* ia muito além dos padrões tido como ideais. E que, naquele caso, o executivo infringiu a lei mesmo tendo acesso a todos os treinamentos, material e mensagens relacionadas ao assunto. Esse é um caso único até hoje, mas só foi possível porque os órgãos dos Estados Unidos trabalham com o conceito de responsabilidade subjetiva.

## 1.2 A quem se destina a lei anticorrupção?

O texto é abrangente. Todos os tipos de pessoas jurídicas de direito privado são destinatários da lei.

As pessoas sujeitas são as empresas brasileiras e estrangeiras que possuam “escritório registrado, filial ou representante no território brasileiro” e os atos proibidos são todos aqueles relacionados à Administração Pública doméstica e estrangeira, a suborno a oficiais públicos, à promessa, oferecimento ou doação direta ou indireta de vantagem indevida a um agente público ou terceiro a ele relacionado e à fraude em contratos públicos, licitações e outros atos.

A pessoa física sócia de qualquer tipo de sociedade empresária, seja ela dotada de personalidade jurídica ou não, está dentro do escopo da norma. Em outras palavras, mesmo atividades empresariais informais não escapam da lei.

Estão incluídas como sujeitos da norma todas as associações, sindicatos, patronais ou de trabalhadores, bem como as associações com finalidades civis, associações de classe, associações, federações, fundações e confederações.

Percebe-se a falta de uma menção especial ao micro e pequeno empreendedor, por exemplo. Assim, são eles tratados da mesma forma que as grandes corporações transnacionais, o que não nos parece razoável. O legislador não compatibiliza a lei à realidade do universo micro e pequeno empresarial, por exemplo, apesar de suas conhecidas limitações econômicas, tecnológicas, de pessoal, dentre outras. Nesta tria, o micro e o pequeno empreendedor devem ser tanto quanto ou mais rigorosos nos controles de suas operações que o alto executivo de um grande conglomerado. Para o pequeno empresário, a premissa é dotar a empresa do ferramental de controles internos e *compliance*, incluindo aí políticas de segurança da informação, entre outras cautelas. O esforço deve ser de prevenção.

### 1.2.1 Conduta da Alta Administração Federal

A nova lei contém diretrizes e princípios éticos que devem ser observados por funcionários públicos federais, e estes não devem receber presentes ou outros benefícios dados por pessoa, empresa ou entidade que:

- a) Estiver sujeito à jurisdição regulatória do órgão a que pertença a autoridade;
- b) Tenha interesse pessoal, profissional ou empresarial em decisão que possa ser tomada pela autoridade em razão do cargo;
- c) Mantenha relação comercial com o órgão a que pertença a autoridade; ou

d) Represente interesse de terceiro, como procurador ou preposto, de pessoa, empresas ou entidade compreendida nas hipóteses anteriores.

Salientamos que os funcionários públicos podem aceitar brindes que não tenham valor comercial ou que sejam distribuídos a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, desde que:

a) O valor comercial do brinde não ultrapasse o valor de R\$100,00 (cem reais) dados uma vez por ano pela mesma empresa e

b) A distribuição do brinde deve ser generalizada, ou seja, não se destinar exclusivamente a uma determinada autoridade.

### 1.3 Punições da Lei Anticorrupção

Na esfera administrativa, a apuração e imposição dos fatos eivados de corrupção serão feitas por procedimento próprio, iniciado pela autoridade máxima dos órgãos estatais competentes. O procedimento pode culminar na imposição de:

a) Multa em dinheiro de R\$ 6.000 (seis mil reais) à R\$ 60.000.000 (sessenta mil reais) e de 0,1% a 20% do faturamento anual bruto, descontados os tributos, nos termos do art 6.º, I e § 4.º da Lei 12.846;<sup>2</sup>

b) Divulgação da condenação na mídia, por meios de comunicação de grande circulação, bem como no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (detalhar-se-á esse órgão no subcapítulo 1.3.1 a seguir), o que pode representar um duro golpe na reputação da marca (vide art 6.º, II da referida lei).<sup>3</sup>

Essas punições administrativas podem ser aplicadas conjunta ou isoladamente, dependendo do critério de julgamento adotado pelo agente público da administração encarregado.

No campo judicial, via ação própria provocada pelas pessoas jurídicas públicas envolvidas, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além do Ministério Público, a empresa envolvida está sujeita às seguintes sanções:

(i) o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

(ii) na suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

(iii) na dissolução compulsória da pessoa jurídica; e

(iv) na proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Os seguintes fatores serão levados em consideração na determinação e aplicação das sanções, conforme previsto pelo art.7.º da Lei 12.846:

a) Seriedade do crime;

b) Vantagem obtida ou pretendida;

c) Efetivação, ou não, da violação;

d) Grau de lesão, ou o perigo desta;

e) Consequência negativa da violação;

f) Situação econômica da empresa;

g) Cooperação da empresa no que tange à investigação da violação;

h) Existência de procedimentos e mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivos para a informação de irregularidades, além da fiscalização efetiva do que é proposto por códigos de ética e

condutas internas da empresa;

i) Valor dos contratos mantidos com entidade pública lesada;

j) Grau de eventual contribuição da conduta de funcionário público para o ato lesivo.

Fator importante que será levado em consideração pelas autoridades na aplicação das sanções da nova Lei Anticorrupção é a “cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”. A empresa deve responder rapidamente às denúncias e deve investigar todos os fatos e só poderá decidir sobre a conveniência de cooperar voluntariamente ou celebrar um acordo de leniência se tiver executado uma investigação interna robusta e efetiva.

As investigações devem ser executadas com cuidado para que tenham credibilidade e para que não sejam cometidos abusos.<sup>4</sup>

Tanto no âmbito administrativo como no judicial, a lei assegura a garantia do exercício efetivo do devido processo legal com o devido acesso da empresa aos mecanismos do contraditório e da ampla defesa.

Todavia, sempre é bom lembrar que apesar de serem garantidos o contraditório e a ampla defesa, o STF, há alguns anos, já consolidou o entendimento de que a falta de defesa feita por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição, significando que a falta de representação da empresa por advogado no procedimento administrativo não gerará qualquer vício na punição imposta pela Administração Pública.

Em resumo, as punições poderão ser impostas em duas esferas, a administrativa e a judicial, que funcionarão independentemente, com procedimentos e penalidades diferentes, respeitando-se o devido processo legal e as garantias a ele inerentes.

Nesse contexto, programas de *compliance* serão instrumentos importantes para prevenir problemas e reduzir sanções. A lei dispõe que os mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia serão considerados na hora de definir penas. A forma como esses procedimentos serão avaliados ainda depende de regulamentação, porém o texto já inclui o adjetivo “efetivo” como qualificador desses programas.

Além da corrupção *stricto sensu*, a nova lei considera ilícitos diversos atos praticados no contexto de licitações e contratos administrativos. Daí a importância de as empresas criarem programas efetivos de prevenção.

Enquanto aguardamos a regulamentação específica, vale observar a experiência dos EUA. Para o Departamento de Justiça e a SEC (autarquia federal correspondente à nossa CVM), não há fórmula pronta para avaliar esses programas de prevenção interna das companhias. Na prática, os órgãos analisam se os programas estavam corretamente estruturados, se foram aplicados de boa fé, e, sobretudo, se estão, de fato e de direito, funcionando. Para isto, as empresas precisam e devem gastar tempo e dinheiro no desenvolvimento de tais programas. Os esforços têm sido recompensados.

A experiência americana mostra que programas de *compliance* diminuem – ou até eliminam punições.

Em nosso país, espera-se que o caminho seja parecido.

### 1.3.1 Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP

A nova lei cria o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que reunirá e dará publicidade às punições aplicadas segundo a Lei 12.846, facilitando, assim, a consulta de informações sobre instituições empresariais. Crê-se que o CNEP seguirá o modelo adotado pelo Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e suspensas.

Surgiu o CNEP como previsão, no art. 22 da nova lei,<sup>5</sup> com o principal objetivo de reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelo Poder Público às pessoas jurídicas condenadas por eventuais descumprimentos ao referido ordenamento.

O aludido cadastro mostra-se um inteligente mecanismo de repressão e de combate à corrupção, com o intuito de inibir pessoas jurídicas do cometimento de atos contra a Administração Pública, mas poderá representar agravação de uma situação de arbítrio praticado contra a empresa por uma autoridade local e que gerará graves consequências até sua correção por via judicial.

### 1.3.2 Programa de Leniência

A Lei Anticorrupção contempla a possibilidade de a pessoa jurídica celebrar acordos de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU) – o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. Tais acordos ensejam efetiva colaboração da pessoa jurídica responsável pela prática da infração, ou parte dela, nas investigações.

Nessa trilha, faz-se necessário que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Consoante o art.16 da novel lei, os requisitos para tal programa de leniência são:

- a) A empresa precisa manifestar interesse em cooperar e procurar o Poder Público, sendo a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para apuração do ato ilícito;
- b) A empresa precisa cessar o envolvimento nas condutas corruptas e seu envolvimento na infração investigada a partir da data da propositura do acordo;
- c) A proponente deve admitir sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo.

Os benefícios, por sua vez, são os apresentados a seguir:

- a) As multas podem ser reduzidas em até 2/3 (dois terços) de seu valor;<sup>6</sup>
- b) Todas as demais sanções (excluindo-se a restituição) são abolidas;
- c) Isenção da pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória;
- d) Isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicos e de instituições financeiras públicas.

Questão controversa e que dá margem a calorosos debates dá-se no que se refere ao tratamento no tocante à ação penal: poderia haver o mesmo procedimento utilizado na Lei de Defesa da Concorrência, que elimina eventual possibilidade de denúncia por parte do Ministério Público na esfera penal quando houver acordo de leniência? Acreditamos que isto seria o mais adequado, por aumentar o incentivo à cooperação.

No que tange aos casos relacionados ou cometidos pela administração pública (e, portanto, regulados pela lei de licitações), a nova lei anticorrupção, por meio de seu art. 17, prevê que a administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88, tais como atrasos injustificados em execuções de contratos e em casos de inexecução parcial ou total destes.<sup>7</sup>

Ressalte-se que “os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas”, tal como ordena o § 5.º do art.16; e que a “proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo”, nos termos do § 6.º do mesmo ordenamento legal).

Novidade relevante no que se refere ao procedimento para propor leniência, o Dec. 55.107 (de 13 de maio de 2014, o qual disciplina, entre outros assuntos, o processo administrativo destinado à apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública municipal direta e indireta, aplicável no âmbito do Poder Executivo de

Município de São Paulo) abre a possibilidade aos particulares de apresentarem proposta oralmente, em reunião com o Controlador Geral do Município e com um ou mais membros de sua assessoria, da qual será lavrado termo em duas vias, assinadas pelos presentes, uma das quais ficará com a proponente. Tal opção não existe, por exemplo, no decreto regulamentar aprovado pelo Poder Executivo do Estado de São Paulo.

Independentemente da modalidade da proposta (oral ou por escrito), a fase de negociação do acordo de leniência deve durar até 60 dias, prorrogáveis, a contar da data de apresentação da proposta, que apenas se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo. Importante notar que o rol de 10 requisitos previsto no art. 31 do Decreto,<sup>8</sup> para a celebração de leniência, não é fechado, tendo em vista que o texto prevê que a Controladoria-Geral do Município poderá exigir outras condições que considere necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

Na hipótese de o acordo de leniência não ser firmado, eventuais documentos entregues serão devolvidos para a proponente, sendo vedado seu uso para fins de responsabilização, salvo quando deles a autoridade pública tinha conhecimento antes da proposta de acordo de leniência ou se esta pudesse obtê-los por meios ordinários.

Ressalte-se, ainda, que em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento e que a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na Lei anticorrupção (vide os §§ 8.º e 9.º de seu art 16).

#### **1.4 Competência**

A novel lei conferiu à autoridade máxima de cada órgão ou entidade da Administração Pública o poder de instaurar e julgar o processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica, permitindo a delegação. Ao mesmo tempo, estabelece, na esfera federal, a competência concorrente da Controladoria-Geral da União (CGU) para a mesma missão, incluindo os poderes de avocação.

Cumpra salientar que essa multiplicidade de competências poderá gerar e resultar em ineficiência nos processos administrativos, principalmente nos níveis regionais e locais, sobretudo, quando considerada a influência do poder político. A atribuição da instauração e da condução dos processos administrativos a um único órgão para desenvolvimento de conhecimento técnico necessário para atuar na área pode ser a melhor solução.

A única exceção à regra dá-se no que tange aos processos relativos à Administração Pública estrangeira, cuja competência cabe exclusivamente à CGU.

O caráter vago de algumas condutas puníveis, a multiplicidade de sanções, a pluralidade de instâncias competentes para apuração e sancionamento de uma conduta representarão aos aplicadores da lei uma indubitável insegurança jurídica (e certamente em arbitrariedades e abusos). E isto será agravado pelo alto valor das multas e pela gravidade das penas.

Neste diapasão, far-se-á mister a criação de mecanismos de *compliance* na administração pública, para reconhecimento formal da necessidade de treinamento dos funcionários encarregados do cumprimento das normas legais, inclusive quanto aos deveres previstos pelo Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei, adotado pela Assembleia Geral da ONU (Res. 34.169/79).<sup>9</sup>

#### **1.5 Aspectos Negativos e pontos nebulosos da Lei**

Criada com o intuito de combater a corrupção, a Lei 12.846/2013 pode acabar favorecendo o crime que pretende atacar. Há um grande risco de o processo administrativo ser usado para punir ou proteger empresas.

A lei tem quatro pontos críticos principais:

(i) O processo administrativo será decidido pela autoridade máxima do órgão que o instaurou, posto normalmente ocupado por um político ou funcionário comissionado;

- (ii) A decisão dele não precisa estar vinculada ao parecer dos servidores da comissão julgadora;
- (iii) O procedimento pode ser prorrogado indefinidamente; e
- (iv) Não há chance de recurso.

Pelo exposto, não existe um sistema de controle que garanta aos particulares que não haverá uma aplicação errada da lei. Além disso, a falta de um órgão centralizado, ou uma autoridade especializada para aplicar a lei de forma consistente nos diversos entes federativos promoverá uma gigantesca pulverização – o Brasil tem mais de 5.500 municípios. Em cada um deles, tem-se uma câmara de vereadores. Só nesses dois grupos citados são mais de 11 mil entidades com poder para aplicar as penas por infração da lei. Isso gera o temor de que as autoridades de cada local apliquem a legislação de forma diferente, e eventualmente de maneira incorreta ou abusiva das penalidades.

O temor dos especialistas, executivos e advogados é respaldado pela própria dinâmica de aplicação das sanções. Como visto no subcapítulo 1.3. anterior, a faixa de aplicação das multas varia de 0,1% a 20% do faturamento (ou de R\$ 6 mil até R\$ 60 milhões, quando não for possível usar o critério do faturamento). Trata-se de um intervalo gigantesco. As autoridades vão ter de determinar, ao final do processo, qual o valor da sanção que será aplicado dentro desse intervalo. Com a aplicação consistente da lei por um órgão centralizado, vai-se aproximando dos parâmetros que vão dando uma indicação de como as autoridades estão aplicando a lei, o que, *ab initio*, promoveria uma maior segurança jurídica.

O procedimento administrativo deverá ser conduzido por uma comissão formada por dois ou mais servidores estáveis, da esfera de poder envolvida, o que nos leva a crer que os municípios menores vão ter mais dificuldade. Mas, não bastasse a complexidade técnica para a aplicação da lei, o que vai exigir profissionais em nível e quantidade nem sempre disponíveis nas pequenas cidades brasileiras, é possível que a autoridade máxima, responsável por aplicar a lei, esteja muito próxima do fato ocorrido. Ou que, sem o devido controle, possam “atacar” as empresas em busca de sanções que possam turbinar os caixas, quase sempre combalidos, das prefeituras.<sup>10</sup>

Outra dúvida que o texto da lei poderia ter esclarecido diz respeito às empresas declaradas inidôneas pelo governo federal: podem estas firmar contratos com estados e municípios?

Embora haja decisões do Tribunal de Contas da União defendendo a proibição do fechamento de contratos por empresas inidôneas a um ente federal, existem, contudo, decisões judiciais em sentido contrário. E mesmo que a lei mencione a existência de um cadastro nacional, ela não esclareceu se uma empresa inidônea em um ente federativo está proibida de transacionar com todos os entes federativos. Desta forma, uma empresa penalizada no estado deveria ficar proibida de transacionar com qualquer esfera pública, sendo preciso esperar uma empresa suspensa de transacionar com o governo federal, efetuar uma infração em determinado estado para se ingressar com uma ação em face dela.

A extensão da lei é tão grande que eventualmente possa ter criado uma dificuldade na própria negociação. Uma delas diz respeito às diferentes estruturas que terão de aplicar a mesma lei. Enquanto na esfera federal haja a CGU com um grande nível de articulação e profissionais altamente gabaritados, por outro lado, há milhares de prefeituras que não têm sequer um departamento jurídico e todos esses “brasis” formam o Brasil. São realidades completamente diferentes e a lei tem de tratar todas do mesmo jeito.

Ao cabo das negociações, o objetivo foi tentar estabelecer parâmetros que não fossem muito fracos para o poder executivo federal, e, ao mesmo tempo, não fossem muito fortes para serem executados na esfera municipal. A solução encontrada para atender a esses dois mundos distintos, foi estabelecer um processo administrativo, conduzido pela autoridade máxima de cada poder, e um processo judicial, onde a força das penalidades é maior que nos processos administrativos, porque nele o direito de defesa das empresas acusadas tende a ser ampliado. A expectativa é a de que, com a prática, seja possível melhorar a lei ou estabelecer regulamentações que possam aperfeiçoá-la. Cumpre salientar ainda que a nova norma traz um risco especial às empresas listadas na Bolsa. Pelas regras da Comissão de Valores Mobiliários, caso uma companhia seja enquadrada na Lei Anticorrupção, ela deverá publicar um fato relevante, o que poderá derrubar o preço de suas ações.

## 2. Corrupção

Etimologicamente, corrupção deriva do latim *rumpere*, equivalente a romper, dividir, gerando o vocábulo *corrumpere*, que, por sua vez, significa deterioração, depravação, alteração, sendo um ato largamente coibido pelos povos civilizados e democráticos.<sup>11</sup>

A corrupção, tal qual o câncer, é um mal universal. Combatida com empenho e aparentemente controlada, não tarda em infectar outro(s) órgão(s). Este ciclo, qua-se que inevitável na origem e lamentável nas consequências deletérias que produz no organismo social, é tão antigo quanto o homem.

Hordiernamente, o termo “corrupção” pode ser definido como o uso ilegal do dinheiro público que ocorre, em regra, quando algum político, em razão do cargo ou poder que ostenta, resolve privilegiar ilicitamente algum conhecido seu, obtendo assim vantagem pessoal indevida.<sup>12</sup>

Via de regra, a corrupção pode ser entendida como a utilização de prerrogativa de poder ou autoridade, com o objetivo de se conseguir alguma vantagem, para si ou para terceiro. Em outras palavras, é quando um determinado indivíduo, em razão da posição política ou de poder, consegue obter vantagens indevidas, para si, para amigo ou familiar. Pode ocorrer tanto na esfera pública quanto na privada.

Na esfera administrativa, ocorre quando o gestor utiliza-se do cargo público que ocupa para obter proveitos ilícitos para si ou para terceiros, mas sempre com o objetivo principal de conseguir proveitos pessoais.

Todas as formas de corrupção contrariam os princípios da lei e da ética. Na administração pública, a corrupção manifesta-se justamente na inobservância de seus princípios norteadores. A falta de atenção à lei e à moralidade, a ocultação dos atos públicos, entre outros, constituem as principais causas dessa prática nefasta. Como consequência, quem mais sofre com a corrupção é a população com menor poder aquisitivo, tendo-se em vista que o montante financeiro que, em tese, deveria ser aplicado aos setores da educação, saúde, moradia e segurança, acabam sendo desviado para a conta dos funcionários públicos (corruptos).

Não obstante universal, as consequências e aceitabilidade da corrupção variam conforme o referencial de análise: em países de população esclarecida e com consciência coletiva, a corrupção se desenvolve em patamares nitidamente inferiores àqueles verificados nos países em que, além de comum o analfabetismo, o interesse privado está em patamares de prioridades elevados.

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero “exemplar” do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum pelos cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

A prática de atos de corrupção, dentre outros fatores, sofre um sensível estímulo nas hipóteses em que seja perceptível ao corrupto que reduzidas são as chances de que sua esfera jurídica venha a ser atingida em razão dos ilícitos que perpetrou. Por outro lado, a perspectiva de ser descoberto, detido e julgado, com a consequente efetividade das sanções cominadas, atua como elemento inibidor à prática dos atos de corrupção. Ainda que esse estado de coisas não seja suficiente a uma ampla e irrestrita coibição à corrupção, seu caráter preventivo é indubitável. Além das sanções de natureza penal, que podem restringir a liberdade individual, é de indiscutível importância a aplicação de reprimendas que possam, de forma direta ou indireta, atingir o bem jurídico que motivou a prática dos atos de corrupção: o patrimônio do agente.

Quanto maiores forem os prejuízos patrimoniais que o agente poderá suportar e mais aprimorados se mostrarem os meios de controle, menores serão os estímulos à corrupção. Essa afirmação, aparentemente simples, não deve ser interpretada como um mero exercício de retórica. À sua concreção no plano fático deve estar vinculada à efetiva existência de custo econômico para o agente que venha a sofrê-las. Esse custo econômico estará atrelado não só à perda patrimonial atual, como também à futura, a qual refletir-se-á, em especial, nos ganhos que o agente deverá de

receber caso venha a perder o cargo ocupado e a inabilitação para o exercício de outra função no prazo fixado em lei.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

A corrupção é fenômeno que há muito se dissociou da individualidade dos sujeitos imediatos de sua prática: corruptor e corrompido. Os atos de corrupção, a um só tempo, além de inerentes à própria natureza humana, se disseminaram por todo o organismo social, o que permitiu a transposição das fronteiras estatais e a própria globalização dessa prática.

Dentre as diversas formas de corrupção, uma das mais comuns é a que ocorre no procedimento licitatório. Embora a Lei 8.666/1993 seja uma importante ferramenta para combater a corrupção, há uma espécie de “engenharia” voltada ao desvio de recursos, que, a cada dia, novos instrumentos são criados tendo como fim burlar a lei.

As irregularidades se manifestam das mais variadas formas, abrangendo desde o ato de preenchimento de nota fiscal ou emissão de cheque pelo ente público até “esquemas” mais organizados para fraudar as licitações, passando pela criação de “empresas-fantasma”, que fornecerão produtos e serviços à prefeitura.<sup>13</sup> Essas empresas não têm existência legal, entretanto, recebem recursos da administração pelo suposto fornecimento de bens ou serviços.

No Brasil, como se sabe, a corrupção configura tão somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção.

Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.<sup>14</sup> Os intoleráveis índices de corrupção existentes em nosso país e verificados em todas as searas do poder são meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos, principiando-se pela colonização e estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos.

## **2.1 O combate à corrupção no plano internacional**

A corrupção estudada sob o prisma sociológico ou jurídico há muito deixou de ser concebida como um fenômeno setorial, que surge e se desenvolve de forma superposta aos lindes territoriais de determinada estrutura organizacional. Na medida em que a corrupção rompe fronteiras, expandindo-se de forma desenfreada, torna-se imperativa a existência de ações integradas e de mecanismos de cooperação entre os diferentes Estados.

Em 13.11.1989, foi editada, pelo Conselho das Comunidades Europeias, a Diretiva sobre coordenação das normas relativas às operações com informação privilegiada, que alcança tanto o setor público como o privado.

O Conselho das Comunidades Europeias editou, em 10.06.1991, a Diretiva 91/308, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para a lavagem de dinheiro. Essa diretiva, em linhas gerais, buscou combater tal prática assegurando o acesso a informações que permitissem identificar a realização de operações ilícitas com a intermediação de instituições financeiras.<sup>15</sup>

O Convênio relativo à proteção dos interesses financeiros das comunidades europeias, de 26.07.1995, coíbe a participação de agentes públicos em fraudes fiscais, falsificações, desvios ou retenções indevidas de fundos, prática que evitaria a redução do ingresso de receitas tributárias, em especial aquelas originárias dos impostos aduaneiros.<sup>16</sup> Esse Convênio, firmado com base no art. K-3 do Tratado da União Europeia, foi integrado pelo Protocolo Adicional de 21.09.1996, direcionado ao combate à corrupção dos agentes públicos.

A Organização Mundial do Comércio difundiu critérios de ordem objetiva a serem observados pelo Poder Público na contratação de obras e serviços no âmbito internacional, todos direcionados à transparência do procedimento licitatório. Tais diretrizes foram veiculadas no Acordo plurilateral sobre contratação pública, celebrado em Marrakech, no ano de 1996.

Em 26.05.1997, foi firmado, no âmbito da União Europeia, com base na alínea c da cláusula 2 do art. K-3 do Tratado da União Europeia, o Convênio de luta contra atos de corrupção nos quais estejam envolvidos funcionários das Comunidades Europeias ou de Estados membros da União Europeia. Esse convênio já foi ratificado por inúmeros países, como França, Alemanha, Espanha, Suécia, Finlândia e Suécia.<sup>17</sup>

As sucessivas medidas adotadas pela União Europeia com o fim de depurar as relações mantidas entre os Estados membros, em especial aquelas estritamente relacionadas aos agentes públicos, ensejou a elaboração do *Corpus juris* 2000 de disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, sendo encontrados no texto oito tipos penais. Trata-se de uma proposta legislativa que busca unificar, no âmbito da União Europeia, princípios comuns de direito penal dos Estados membros, com vistas a estatuir uma estrutura judicial comum. À guisa de ilustração, merece referência o art. 5.2 do *Corpus Juris*, que tipifica os atos de corrupção ativa ou passiva que possam ocasionar prejuízos a interesses financeiros dos Estados membros:

1. Pena privativa de liberdade;
2. Condenação pela prática das infrações penais constantes do *Corpus Juris*, a depender da gravidade, ensejando a divulgação do decreto condenatório em publicações da União Europeia;
3. Impossibilidade de receber subsídios;
4. Vedação de contratar com o Poder Público;
5. Proibição de exercer função pública por até cinco anos e;
6. Perda dos bens auferidos com o ilícito (art. 14 – *Penalties and measures*).

Em relação às tendências verificadas no âmbito da União Europeia, já são múltiplas as vozes que sustentam a necessidade de se criar um “Fiscal Europeu Anticorrupção” que exerceria funções inerentes ao Ministério Público, em especial as de *ombudsman*<sup>18</sup> e de investigação de infrações penais. Com isto, serão robustecidos os instrumentos atualmente existentes, como a “Oficina de Luta Antifraude”, que seria supervisionada pelo referido agente.

Em 05.05.1998, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa editou a Res. 7, que autorizou a criação do “Grupo de Estados contra a Corrupção” “Greco – *Group of States against Corruption*”. O Conselho da Europa adotou, em 22.12.1998, a ação comum “sobre a corrupção no setor privado”.<sup>19</sup>

Em 27.01.1999, foi firmado, pelos países integrantes do Conselho da Europa, o Convênio de Direito Penal contra a corrupção.<sup>20</sup>

Posteriormente, em 04.11.1999, o Conselho da Europa editou o Convênio de Direito Civil sobre corrupção, segundo o qual os Estados partes deveriam adotar medidas legislativas em prol daqueles que tenham sofrido danos como resultado de atos de corrupção, permitindo a defesa de seus direitos, incluindo a possibilidade de compensação pelos danos sofridos.<sup>21</sup> Esses convênios, como ficou claramente elucidado, buscavam estabelecer medidas preventivas e repressivas à corrupção em suas múltiplas vertentes, alcançando, inclusive, o setor privado (em regra, a principal parte beneficiária de tal prática).

Trinta e três Estados integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico subscreveram, em 17.12.1997, na Cidade de Paris, a “Convenção de Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais de Caráter Internacional”, que considera infração penal o suborno de tais agentes.<sup>22</sup>

Anteriormente, a OCDE já havia recomendado que não deveriam ser permitidas quaisquer deduções, em matéria tributária, das importâncias pagas a título de suborno.<sup>23</sup>

O Fundo Monetário Internacional, em 26.09.1999, aglutinou inúmeras medidas de combate à corrupção, em matéria financeira, no “Código sobre Boas Práticas de Transparência em Políticas Monetárias e Financeiras”. Esse Código busca tornar acessíveis ao cidadão comum, de forma simples e objetiva, as medidas econômicas, monetárias e financeiras adotadas pelos governantes.<sup>24</sup>

A Organização das Nações Unidas editou a Res. 50.106 (de 20.12.1995), bem como a Res.<sup>51</sup>191

(de 16.12.1996) e a Res. 53.176 (de janeiro de 1999): todas veiculam medidas de combate à corrupção nas transações internacionais.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Res. 51/59, de janeiro de 1997, veiculou um “Código de Conduta para Funcionários Públicos”, que, dentre outras medidas, estabeleceu inúmeras incompatibilidades incidentes sobre aqueles que tivessem acesso a informações privilegiadas no exercício da função.

Em 21.02.1997, foi emitida a “Declaração sobre a Corrupção e os Subornos nas Transações Comerciais Internacionais”, a qual, além de outras providências, dispôs que os Estados examinarão a possibilidade de considerar o enriquecimento ilícito de agentes públicos, incluindo os eleitos, como uma prática ilícita.<sup>25</sup>

A Organização dos Estados Americanos, em agosto de 1998, editou um Modelo de Legislação sobre enriquecimento ilícito e suborno transnacional, que, dentre outras sanções, previa a impossibilidade de obtenção de benefícios fiscais ou subvenções de origem pública.

Na senda das medidas anticorrupção adotadas no plano internacional, inúmeros países têm redimensionado seus sistemas de combate à corrupção.

Na Itália, citamos o Código de comportamento dos empregados das Administrações Públicas, de 1993 e na França, a Lei sobre a prevenção da corrupção e a transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos, de 29.01.1993.

Na Espanha, a Lei 10/1995, criou a *Fiscalía Especial*, também conhecida como *Fiscalía Anticorrupción*, órgão integrante do Ministério Público incumbido da repressão aos crimes econômicos relacionados à corrupção.

### **2.1.1 A Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção**

Sensíveis ao fato de que a corrupção, além de comprometer a legitimidade das instituições públicas, atenta contra a sociedade, à ordem moral e à justiça, retardando o próprio desenvolvimento dos povos, os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) subscreveram, em 29.03.1996, na Cidade de Caracas, a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” (CICC).<sup>26</sup>

Essa Convenção, como resulta de seu preâmbulo, tem por fim despertar a consciência coletiva para a existência e a gravidade do problema, estimular ações coordenadas entre os Estados para o combate aos atos de corrupção que transcendam as lindes de seu território e evitar que se tornem cada vez mais estreitos os vínculos entre a corrupção e as receitas provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes, “que minam e atentam contra as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis”. O texto é especificamente direcionado à prevenção, detecção, sanção e erradicação da corrupção no exercício de funções públicas e nas atividades especificamente vinculadas a tal exercício.

Ademais de veicular normas de natureza penal e penal internacional, a CICC buscou introduzir modificações no próprio sistema administrativo dos Estados Partes, cuja atuação deveria ser necessariamente direcionada por critérios de equidade, publicidade e eficiência. O art. II veicula um extenso rol de medidas preventivas que os Estados se comprometem a implementar. Por sua importância, transcrevemos, *in verbis*:

“1. Normas de conduta para o correto, honorável e adequado cumprimento das funções públicas. Essas normas deverão estar orientadas a prevenir conflitos de interesses e assegurar a prevenção e o uso adequado dos recursos atribuídos aos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Estabelecerão também as medidas e sistemas que exijam dos funcionários públicos informar às autoridades competentes sobre os atos de corrupção na função pública de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.

2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento das referidas normas de conduta.

3. Instruções ao pessoal das entidades públicas, que assegurem a adequada compreensão de suas responsabilidades e das normas que regem suas atividades.

4. Sistemas para a declaração de rendas, ativos e passivos por parte de pessoas que desempenham funções públicas nos cargos que estabeleça a lei e para a publicação de tais declarações nos casos correspondentes.
5. Sistemas para a contratação de funcionários públicos e para a aquisição de bens e serviços por parte do Estado que assegurem a publicidade, equidade e eficiência de tais sistemas.
6. Sistemas adequados para a arrecadação e o controle das rendas do Estado, que impeçam a corrupção.
7. Leis que eliminem os benefícios tributários de qualquer pessoa ou sociedade que realize ações em violação à legislação contra a corrupção dos Estados Partes.
8. Sistemas para proteger os funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciem de boa-fé atos de corrupção, incluindo a proteção de sua identidade, de conformidade com a Constituição e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico interno, e a legislação contra a corrupção dos Estados Partes.
9. Órgãos de controle superior, com o fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar e erradicar as práticas corruptas.
10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para assegurar que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que reflitam com exatidão e razoável detalhamento a aquisição e alienação de ativos, e que estabeleçam suficientes controles contábeis internos que permitam ao seu pessoal detectar atos de corrupção.
11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e das organizações não governamentais nos esforços destinados a prevenir a corrupção.
12. O estudo de outras medidas de prevenção que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público”.

Além do rol mínimo de ilícitos que devem ser necessariamente coibidos pelos Estados Partes, nada impede que outros mais sejam previstos na legislação interna. Também o suborno internacional foi objeto de preocupação pela Convenção, devendo ser proibidas e sancionadas as condutas consistentes em oferecimento ou entrega de vantagens a funcionário de outro Estado, com o fim de obter a prática ou a omissão de determinado ato.

O art. IX da Convenção veicula regra de relevância ímpar para a contenção da corrupção no setor público, dispondo que os Estados devem adotar as medidas necessárias no sentido de tipificar, como infração penal, o enriquecimento ilícito do agente público. Considerar-se-á enriquecimento ilícito, a evolução patrimonial que exceda, de forma significativa, as receitas recebidas legitimamente pelo agente em razão do exercício de suas funções e “*que não possa ser razoavelmente justificada por ele*”. Nessa hipótese, como deflui dos claros termos do preceito, caberá ao órgão responsável pela persecução penal o dever de provar a desproporção entre o patrimônio e a renda do agente, enquanto que sobre este recairá o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral, vale dizer, a origem lícita das receitas que propiciaram tal evolução patrimonial.

No art. XI é veiculado um rol de condutas correlatas aos atos de corrupção e que deve ser igualmente coibido pelos Estados partes. São elas: a) a utilização indevida de informações privilegiadas obtidas em razão ou no exercício da função; b) o uso indevido, em proveito próprio ou de terceiros, de bens a que o agente teve acesso em razão ou no exercício da função; (c) o comportamento de agentes estranhos à administração que busquem obter desta uma decisão que lhes propicie um benefício ilícito em detrimento do patrimônio público; d) o desvio de finalidade, quer seja em benefício próprio ou de terceiro, no emprego de bens ou valores que tenha recebido em razão ou no exercício da função.

Outra importante regra contemplada na Convenção é a de que a incidência independe da produção de prejuízo patrimonial para o Estado, o que é um indicativo de que a preservação da moralidade administrativa foi um dos vetores que nortearam a sua elaboração. A obtenção de vantagens

indevidas, em razão da função, é um efeito da degradação moral do agente, ainda que não seja resultado qualquer dano ao erário.

Buscando a efetividade de seus preceitos, dispõe a Convenção que os Estados Partes devem colaborar entre si na identificação, no rastreamento, na indisponibilidade e no confisco dos bens obtidos com infringência aos seus preceitos. Para tanto, nem mesmo o sigilo bancário pode ser erigido como óbice a tal cooperação. A convenção está sujeita à ratificação dos Estados partes (o art. XXII da convenção assim o exige) sendo admissível a formulação de reservas, tal como ordena o art. XXIV; e a denúncia por qualquer dos Estados (vide art. XXVI)

### 2.1.2 Comparativo entre a Lei Anticorrupção, o FCPA e o UK Bribery Act

O tema “*compliance*” vem sendo destaque internacionalmente nos últimos anos devido à existência do *Foreign Corrupt Practices* (FCPA) e da lei britânica *UK Bribery Act*. Ambos os ordenamentos, assim como a Lei Anticorrupção, procuram combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros. No entanto, diferentemente da lei americana FCPA, que somente se preocupou em combater casos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros, o legislador brasileiro decidiu por seguir a mesma linha da legislação britânica e responsabilizar a pessoa jurídica que pratique tanto atos contra a Administração Pública nacional quanto a estrangeira.

De forma diversa do FCPA e *UK Bribery Act*, a lei brasileira inclui outros atos lesivos contra a Administração Pública, como, por exemplo, fraudar uma licitação, perturbar a realização de um procedimento licitatório público, afastar licitante por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo e manipular o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração.

Outra diferença refere-se à responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo cometimento de infrações contra a Administração Pública. Tanto o FCPA como o *UK Bribery Act* preveem a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em atos de corrupção cometidos por funcionários ou terceiros relacionados à empresa.

Nos Estados Unidos, a *Securities and Exchange Commission* (a autarquia correspondente à CVM brasileira) e o Departamento de Justiça (DOJ) podem arquivar o caso ou inocentar a empresa que consiga comprovar seu não envolvimento em determinada conduta criminoso, mesmo tendo sido beneficiada por aludido ato, demonstrando ter tomado todas as precauções e medidas necessárias de prevenção e combate à corrupção.

O *Bribery Act*, em vigor no Reino Unido desde julho de 2011, estabelece como defesa absoluta, capaz de isentar a responsabilidade da pessoa jurídica, a existência efetiva de mecanismos e de procedimentos adequados de *compliance*.

A lei brasileira, por sua vez, não prevê essa benesse. Peca por não acrescentar uma isenção absoluta de pena para casos em que a pessoa jurídica tenha tomado todas as medidas de prevenção cabíveis e, mesmo assim, se veja à mercê de uma situação em que seus funcionários ultrapassaram a barreira moral.

A lei norte-americana dispõe sobre a responsabilidade subjetiva civil e criminal da pessoa jurídica diferentemente da lei brasileira e também do *UK Bribery Act*, que prevê a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por casos de “fracasso em prevenir a corrupção” (*failure to prevent bribery*).

Percebe-se, com essa comparação, que a Lei Anticorrupção representa um notável instrumento de combate à corrupção, notadamente em relação às infrações cometidas em contextos empresariais complexos, envolvendo práticas sofisticadas. Antes, a repressão aos delitos econômicos e ao crime organizado dava-se através da criação de leis incriminadoras ou majoração das penas previstas. Agora, com o advento da Lei 12.846/2013, verifica-se uma mudança na ótica do legislador quanto à forma de enfrentamento desses esquemas delituosos, reconhecendo que a busca pela informação e o cerco aos principais beneficiários revelam-se muito mais eficazes para o combate à corrupção.

Cumpra salientar, ainda, que determinadas empresas, por exemplo, aquelas que lidam com ADRs (*American Depositary Receipts*) no mercado global, podem estar sujeitas a outras leis, além das brasileiras. Assim, também por esse motivo, avulta a importância de práticas efetivas e inteligentes de *compliance*.

As empresas devem, então, adaptar-se às inovações trazidas pela Lei Anticorrupção, implantando suas ferramentas e mecanismos de prevenção e planejamento estratégico, para, assim, monitorarem seu relacionamento com a Administração Pública, com a finalidade de evitar, no futuro, alguma surpresa indesejada. Ademais, o mecanismo ligado à integridade permitirá alçar um novo patamar de cultura cidadã e empresarial de honestidade, que reverberará em toda a sociedade.

## 2.2 A “corrupção” na legislação brasileira

A legislação brasileira proíbe a corrupção, seja de pessoas físicas e jurídicas, seja de agentes públicos, em distintos regimes legais:

*No Código Penal:*

### *Corrupção Passiva*

“Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1.º – A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2.º – Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

### *Corrupção Ativa*

“Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Art. 325 – Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1.º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2.º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem.”

Basicamente, o nosso vetusto Código Penal de 1940 veda o oferecimento ou promessa de oferecimento a funcionário público; qualquer benefício ou vantagem indevida; não apenas para que ato de ofício não seja praticado ou retardado, como também em casos em que a vantagem indevida é oferecida ou prometida com a finalidade de que pratique ato de ofício.

Ressalte-se que, embora permitidos pelo FCPA em certas situações, pagamentos de facilitação ou agilização não são permitidos pela legislação brasileira e podem constituir crime de corrupção.

Pela lei de Licitações (Lei 8666/1993):

“Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”

*Pela Lei 8.429/1992 ( Lei de Improbidade Administrativa):*

“Dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I – na hipótese do art. 9.º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

*Pela Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência):*

“Das infrações

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Resta, no entanto, a necessidade de que tais medidas venham a ser transpostas do plano normativo para o fático, o que ainda não ocorreu em sua inteireza.”

### **2.3 Conceito de corrupção intrínseco à nova lei**

A Lei 12.846 – conhecida como Lei Anticorrupção – não criou condutas novas, nunca antes tipificadas pelo Código Penal ou por legislação especial. Em outros termos, não incluiu em seu rol de atos lesivos à Administração Pública conduta(s) que anteriormente fosse(m) considerada(s) lícita(s) e praticada(s) por todos.

Fraudar licitação, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, utilizar-se de interposta pessoa (“laranja”) para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade do beneficiário, já eram condutas consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de Improbidade e pela Lei de Licitações.<sup>27</sup>

A novidade trazida por esse ordenamento é, de fato, a mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos crimes contra a Administração Pública, substituindo o direito penal e a persecução do agente pessoa física, pelo direito administrativo sancionador, que visa punir a pessoa jurídica, ainda que continue a se valer de conceitos e instrumentos oriundos do direito criminal.

Como afirmam Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, no excelente artigo intitulado “Nova Lei Anticorrupção vai estimular compliance”,<sup>28</sup> “onde houver um corrompido, há sempre um corruptor interessado na prática espúria, e a nova lei tem como objetivo punir esse corruptor. Em realidade, o que se quer atingir, agora, é a empresa favorável a quem atuou como corruptor”.

Cabe ressaltar que, com a vigência da nova lei, o Poder Público passa a assumir sua incapacidade para prevenir ou investigar delitos econômicos mais complexos, delegando essa responsabilidade às instituições privadas.<sup>29</sup> Esta lei, portanto, imputou a pessoas jurídicas responsabilidades pelo combate à corrupção, por meio do investimento em programas e ferramentas de *compliance*.

Passemos aos “tipos”, assim considerados como descrição dos atos lesivos à Administração Pública, previstos na Lei 12.846:

(i) Segundo o art. 5.º, I, constitui ato lesivo à Administração Pública “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

A questão problemática dessa conduta refere-se ao conceito de “vantagem indevida”. O que poderá ser considerado uma vantagem indevida? Uma carona em um avião particular para um funcionário

público pode ser assim considerado? Sob o ponto de vista do Direito Penal, dependeria das circunstâncias para que tal conduta configurasse crime, uma vez que a vantagem indevida deve ser “patrimonial, como dinheiro ou qualquer utilidade material, ou qualquer espécie de benefício ou de satisfação de desejo”, e a promessa oferecida tem de estar atrelada ao funcionário público encarregado de praticar, em troca, algum ato de ofício para que seja configurado o crime de corrupção ativa (art. 333, do CP).<sup>30</sup>

Contudo, sob a égide da Lei 12.846/2013, que veicula normas civis e de direito administrativo sancionador, estaria a empresa cometendo essa infração por somente oferecer “vantagem”, mesmo na ausência de um acordo específico com servidor público para prática de determinado ato de ofício?

O intérprete ou o aplicador da lei deverá se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, buscando exigir a presença de cada elemento do tipo, conforme o procedimento que se espera de um homem probo, atento ao princípio constitucional de que a dúvida conduz à absolvição, e que é a conduta ilegal que deve ser provada e não a inocência, que é presumida. Sem isso não se evitarão decisões arbitrárias.

(ii) O art. 5.º, II, refere-se ao ato de “comprovadamente financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos”, ou seja, dos atos contra a Administração Pública.

Essa conduta é relevante uma vez que o ente privado está diretamente envolvido no esquema “criminoso” ou dele se beneficia e ambas as condutas já incidem nas hipóteses anteriormente previstas pela Lei de Improbidade Administrativa. Neste caso, qual lei será aplicada? A mais recente? A mais específica? O *bis in idem* será um grave problema na aplicação deste ordenamento legal.

(iii) O inc. III do mesmo art. 5.º da Lei Anticorrupção dispõe que quem “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados” cometerá ato ilícito contra a Administração Pública.

Atentamos à utilização pela lei de previsão de comportamentos vagos, de múltiplo entendimento, permitindo grande poder discricionário às autoridades competentes para a investigação em relação à incidência da norma.

(iv) No tocante às licitações e contratos, o art. 5.º, IV, considera ilícito “frustrar, fraudar, impedir ou manipular a realização de qualquer procedimento licitatório público”.<sup>31</sup>

Em que situações poderemos afirmar a incidência da lei? Se em um determinado período de tempo, uma empresa impugnar um número relevante de editais haverá a incidência do referido dispositivo? Seguramente essa não poderá ser a linha de interpretação a ser utilizada. Há a necessidade do “elemento volitivo do dolo”, ou seja, será necessário comprovar a concreta intenção do agente (pessoa jurídica) em fraudar, manipular ou impedir determinado liame licitatório.

(v) Por último, em seu art. 5.º, V, a Lei 12.846/2013 prevê a conduta de quem “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”.

Ressaltamos a preferência do legislador por “tipos abertos”, descrevendo condutas que permitirão excesso de subjetividade no seu entendimento, com o agravante de que as sanções são extremamente pesadas e graves. A Constituição Federal garante a todos, em seu art. 5.º, LXIII, o princípio da não autoincriminação, ou seja, a garantia de não produzir provas contra si mesmo. Desta forma, esse inciso terá de ser interpretado de forma restritiva, respeitando os limites estabelecidos pela Carta Magna.

Como mencionado anteriormente, a Lei aproveitou condutas ilícitas conhecidas e reprováveis, dando-lhes novas perspectivas. O problema mais flagrante aparece quando se vê que essa lei irá conviver com a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011). Todas elas prevendo condutas ilícitas, se não idênticas, ao menos muito semelhantes com as previstas na Lei Anticorrupção, mas

com sanções diversas.<sup>32</sup>

A Lei 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), por exemplo, em seu art. 36, § 3.º, I, *d*, caracteriza como infração contra ordem econômica “acordar, combinar, manipular, ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”. Assim, as empresas que por meio de seus funcionários acordarem valores em determinado certame licitatório estarão incidindo no referido dispositivo.

Ocorre que, para a Lei 12.846/2013, a aludida conduta também representa uma infração prevista em seu art. 5.º, IV, alínea *a*. Neste caso, em que a situação fática tanto pode representar uma infração perante a Lei Anticorrupção quanto ante a Lei de Defesa da Concorrência, qual norma deverá ser aplicada?

Consoante referido supra, o perigo de ocorrer *bis in idem* é grande, já que os atos lesivos à administração pública e os bens jurídicos tutelados ou se identificam ou estão presentes na Lei Anticorrupção, mostrando um real conflito aparente de normas sancionatórias. A lei anticorrupção, por meio de seu art. 30, ordena que a aplicação das sanções previstas na lei não afete os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos ilícitos alcançados pela Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) e pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)

No campo dos estudos jurídicos das infrações e sanções administrativas há dois entendimentos que determinam qualidades que normas dessa natureza devem possuir. Uma ensina que a descrição da conduta deve ser suficientemente clara, a não deixar qualquer dúvida na sua identificação. A descrição da norma, assim, deve ser a mais objetiva possível. A outra posição, mais flexível, expõe que a descrição da conduta pode ser feita por conceitos indeterminados (ou abertos), tendo em vista a multiplicidade de situações impossíveis de serem previstas pela norma. A descrição, assim, entra no campo subjetivo, de forma que a existência ou não da infração será feita pela autoridade julgadora.

Enumeremos, então, nos moldes do art 5.º da Lei Anticorrupção como estão postas na norma as condutas consideradas ilícitas e as hipóteses de atos de corrupção praticados pela empresa contra a administração pública. São elas:

1. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
2. Comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na lei;
3. Comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
4. 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 nacionais.

Não nos olvidemos, tampouco, das seguintes:

1. Simulação de contratos de compra e venda, com objeto fictício ou com a fixação de preço superior ao valor real do bem, o que termina por conferir ares de legitimidade ao numerário que exceder o valor real;
2. Transferência de recursos para paraísos fiscais, nos quais a abertura das contas é realizada por meios eletrônicos, inexistindo prova contundente de que o agente é o seu titular;
3. Utilização de títulos ao portador ou de pessoas jurídicas – normalmente controladas por outras pessoas jurídicas sediadas no exterior e cujo acionista controlador é desconhecido;
4. Estabelecimento de relações fictícias entre pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, possibilitando a lavagem de dinheiro e a indevida remessa de divisas para o exterior;
5. Instrumentos procuratórios que propiciam a manipulação dos denominados “laranjas” ou “testas de ferro”, em regra, pessoas humildes e com reduzida capacidade intelectivas que assumem,

formalmente, a titularidade dos bens do corrupto;

6. Utilização de pessoas jurídicas, normalmente sem fins lucrativos (associações e fundações) para gerir os recursos captados com a corrupção, transmitindo a falsa impressão de que sua origem é lícita e de que se destinam à satisfação do interesse social.

No campo específico das licitações e dos contratos, são atos de corrupção para a novel Lei:

“1. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

2. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

3. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

4. Fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

5. Criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

6. 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

7. Manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;”

Como se pode constatar, o legislador mesclou dois conceitos distintos. Na maioria das vezes, as descrições das condutas são bastante objetivas, todavia, em algumas, há espaço para a subjetividade. Nas últimas, vale lembrar, caberá à autoridade julgadora o enquadramento da conduta como ato de corrupção.

A atenção do empresário e das pessoas jurídicas deve se voltar para qualquer conduta que possa ensejar ato de corrupção. Em particular, com relação às condutas mais subjetivas, cabe à empresa uma precaução mais cuidadosa, estipulando nesse ponto um código interno mais rígido, a fim de evitar que colaboradores pratiquem atos que a autoridade possa enquadrar como corrupção.

### **3. O valor de um bom compliance e a importância da Corregedoria Geral da União (CGU)**

Justa ou não, a questão da responsabilidade objetiva é sempre apontada como o grande trunfo da nova Lei, sendo o principal motivo capaz de levar as empresas brasileiras, muito especialmente as que atuam em setores mais regulados ou com grande atuação no setor público, a entender a necessidade vital de implementar um bom programa de compliance. O envolvimento de qualquer nível da empresa, em qualquer caso de corrupção com a área pública, será passível de multas que podem ser bastante severas para as empresas. Ademais, seus sócios ou diretores, também poderão responder criminalmente. Por isso, a avaliação do retorno do investimento que um bom programa de *compliance* pode proporcionar muda drasticamente.

Se a responsabilidade objetiva é o pilar central da lei anticorrupção brasileira, a possibilidade do acordo de leniência por parte das empresas é tida como um dos aspectos mais importantes para a eficácia da sua aplicação.

O acordo de leniência, tal como disposto no subcapítulo 1.3.2, é uma declaração voluntária de culpa, leia-se, uma espécie de delação premiada para a área jurídica. Ao descobrir e informar uma infração da lei anticorrupção aos órgãos fiscalizadores, antes que eles descubram o problema, a empresa que se denunciou pode ter o benefício de uma série de atenuantes nas suas sanções. Ocorre que não basta a autoincriminação. Para determinar o valor da multa, os órgãos do estado vão levar em conta, entre outros fatores, o nível de colaboração da empresa com as investigações, assim como os valores envolvidos e aplicados.

Mesmo nas questões do processo administrativo, o Judiciário terá um papel importante no que toca à ajuda e balizamento dos distintos níveis do próprio processo de sanções administrativas. Tal

analogia poderia ser aplicada à questão da celeridade que precisa ser dada ao processo de investigação e julgamento da empresa acusada.

A Lei Anticorrupção, ao contrário da de licitações – onde a legislação claramente prevê a competência da União para estabelecer regras gerais para pregões e licitações, que são aprovadas pelo Congresso e, como lei, seguida por estados e municípios – não tem esse tratamento claro, e nem que essa é uma competência da União. Resta elucidativa uma questão importante de direito constitucional, de pacto federativo. Se em um determinado contrato sob investigação, existem recursos federais empregados, a CGU pode requerer a jurisdição do caso, mesmo que o contrato esteja em nome do estado. E o mesmo vale para a relação entre estados e municípios.

No caso da lei anticorrupção, existem prazos para serem cumpridos. São 180 dias contando da data da publicação, que podem ser prorrogados, se a autoridade instauradora fizer um pedido fundamentado. O impacto de uma investigação “emperrada”, sobre uma empresa de capital aberto, pode criar instabilidade e reduzir o valor da empresa, sem que o governo tenha tomado nenhuma medida em relação ao processo daquela empresa.

Mas, como a Corregedoria Geral da União e outros órgãos nas esferas federal, estadual e municipal vão avaliar essas atenuantes? E o que eles vão levar em conta para avaliar o programa de compliance da empresa?

Hodiernamente, a CGU tem um grupo de trabalho estudando os parâmetros de como será feita essa avaliação para ter certeza se o programa de *compliance* é robusto mesmo, ou se ele só está “no papel”.

Em termos operacionais, enquanto a corregedoria irá cuidar do processo legal, a área de prevenção à corrupção deverá fazer a análise dos programas de *compliance*. Depois, todo o material segue para que o ministro de tal órgão decida ou não por levar a empresa a julgamento.

De todos os órgãos envolvidos na aplicação da nova legislação, a CGU é, indubitavelmente, o mais preparado e estruturado para a missão, tendo em vista ter experiência e qualificação para tal e pelo fato de seus agentes terem participado das reuniões de grupo da OCDE bem como nos fóruns internacionais, obtendo, nesta trilha, capacitação técnica para entender o que é um programa de *compliance* efetivo. Por isso, é ela quem deve ditar as regras nesse primeiro momento.

O mercado está em compasso de espera pelas primeiras movimentações do órgão de controle. Hoje, essa expectativa se dá em relação às regulamentações administrativas que vão estabelecer os primeiros parâmetros e critérios para a análise dos atenuantes e definição das penalidades. Trata-se de uma informação importante para direcionar as empresas na formatação dos seus programas de *compliance*, e muito particularmente para as empresas brasileiras que vão estruturar os seus primeiros programas.

Sobre a definição dos regulamentos administrativos, que serão criados para atender à nova legislação, embora a CGU não esteja obrigada, muitos operadores legais acreditam ser importante que a corregedoria abra a discussão dos regulamentos por meio de consultas públicas.

Apresenta-se um rol exemplificativo (portanto, não taxativo) da importância do Programa de *Compliance*:

1. “É este um mecanismo de prevenção, detecção e remediação de condutas ilícitas e contrárias às diretrizes e normas internas da empresa;
2. Fornece orientação aos funcionários sobre como agir com funcionários públicos e terceiros que prestam serviço para determinada empresa;
3. Estabelece o conceito de cultura corporativa saudável, baseada nas políticas internas escritas da empresa;
4. Cria procedimento interno de reporte e tratamento de denúncias recebidas pela empresa sobre comportamentos inadequados ou violadores de normas e leis anticorrupções;
5. Possibilidade de isenção de penalidade em alguns países;

## 6. Proteção à imagem e aos acionistas da empresa.”

O principal objetivo de um programa de *compliance* é o planejamento de atividades, tais como a revisão de políticas internas, código de ética e conduta e gestão de risco, para obter uma difusão da cultura da integridade no ambiente da empresa.

O art. 7.º, VIII, da Lei Anticorrupção prevê a consideração, no momento da aplicação das sanções, da “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Esse dispositivo, atrelado à introdução da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, fará da empresa, embora a custos elevados, a principal interessada em prevenir, investigar e descobrir desvios de condutas e eventuais violações à lei, perpetrados por seus funcionários e/ou dirigentes.

Interessante ainda destacar que a referida previsão irá consolidar a cultura do *compliance* no país, incentivando o empresariado brasileiro a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores.

Com o objetivo de alcançar um ambiente livre de condutas capazes de violar a Lei Anticorrupção, os programas de *compliance* deverão incorporar um Código de Ética e de Conduta de fácil compreensão, canal de denúncias que prestigie o anonimato, treinamentos contínuos, mecanismos de comunicação de fácil acesso a todos os funcionários da empresa, monitoramento de áreas sensíveis etc.

Um aspecto delicado sobre o tema refere-se a denúncias de condutas que possam significar violação da nova lei ou o cometimento de fraudes dentro da companhia. Nesses casos, as empresas devem responder rapidamente e investigar os fatos denunciados.

A realização de uma sólida investigação interna, além de mostrar o grau de comprometimento da pessoa jurídica como um todo e da adesão da alta administração à cultura do *compliance*, também facilita um melhor posicionamento quanto à tomada de decisões sobre possível celebração de acordo de leniência, reporte voluntário, demissão de funcionários etc.

Outro ponto de relevância está na realização de treinamentos de funcionários ou de terceiros que atuem em nome da empresa perante a Administração Pública. É necessário que todos na empresa sejam bem informados sobre as mudanças estipuladas pela Lei Anticorrupção, e essa oportunidade de abordagem do tema deve ser aproveitada para que se relembrem e reavaliem políticas e procedimentos internos.

De qualquer forma, este é um momento de assoberbamento dos órgãos de controle, com tantas informações a processar, tantas condutas a analisar, por tão diversas óticas. Oxalá, dessa sobrecarga não resulte na inversão do princípio da vinculação, da obrigatoriedade da investigação diante de todo ato de corrupção, pelo princípio da discricionariedade ou, melhor dizendo, do arbítrio (opção política ou meramente pessoal de investigar principal ou primeiramente este ou aquele ato, desta ou daquela empresa, segundo as convicções subjetivas, partidárias ou ideológicas da autoridade).

### 3.1 A definição de compliance

A Lei Anticorrupção importou do direito norte-americano o conceito de *compliance*, procedimento este a ser implantado por pessoas jurídicas para garantir a conformidade de suas condutas às exigências de determinada jurisdição.

Trata-se, em outros termos, do “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.<sup>33</sup>

*Compliance* pressupõe a existência de uma norma ou regulamento. No Brasil, a palavra é utilizada para denominar um departamento ou setor em uma empresa, ou ainda para referir-se aos

procedimentos ou práticas relacionadas à área de auditoria interna.

“*Compliance*” é o “conjunto de esforços para atuação em conformidade com leis e regulamentações inerentes às atividades, assim como elaboração e compromisso com códigos de ética e políticas de conduta internas”.<sup>34</sup>

*Compliance* é muito presente em instituições e empresas. Originada no mercado financeiro, tem-se estendido para as mais diversas organizações privadas e governamentais, especialmente àquelas que estão sujeitas à forte regulamentação e controle.

As empresas que são fornecedoras ativas de governos, participantes de licitações e atuantes no comércio exterior e, por isso, devem estar cientes e se adequar em relação ao “aperto” nas regras anticorrupção.

Nos âmbitos institucional e corporativo, *Compliance* é o conjunto de disciplinas, para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, a política e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer.

O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido. Significa, pois o ato ou procedimento para assegurar o cumprimento das normas reguladoras de determinado setor.

Vogel descreve o *compliance* como um “conceito que provém da economia e que foi introduzido no direito empresarial, significando a posição, observância e cumprimento das normas, não necessariamente de natureza jurídica”.

Os Estados Unidos contam com a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) desde 1977, mas, a partir dos escândalos contábeis no início dos anos 2000, e, mais recentemente, com a crise do *subprime*, os órgãos reguladores americanos se tornaram mais enérgicos quanto à sua aplicação.

A FCPA visa coibir a prática de corrupção junto a todas as partes que de alguma forma fazem negócios envolvendo os Estados Unidos. A lei veda a qualquer organização que tenha suas ações negociadas na Bolsa de Nova York ou que tenham relação comercial com o país de cometer atos de corrupção que abranjam agentes públicos de governos no exterior. As penalidades variam de multas na casa dos milhares de dólares até penas privativas de liberdade (leia-se: prisão).

Resumidamente, *Compliance* é, assim como a *Chinese Wall*, uma norma de conduta, de responsabilização e segregação de funções. No setor brasileiro bancário, estas normas são determinadas pelo Banco Central aos gestores de recursos de terceiros, com a intenção de assegurar os interesses dos condôminos de fundos de investimento e outras formas de capitalização em grupo. Atentam, basicamente, para o isolamento da administração de recursos próprios de terceiros, contra práticas fraudulentas e uso de informações privilegiadas. Essas regras podem ser aplicadas com tamanha seriedade, que os gestores (diretores ou responsáveis legais) podem ser indiciados criminalmente, caso um de seus colaboradores adote uma conduta fraudulenta, mesmo que sem o seu conhecimento.

As normas de Compliance aplicam-se a todos os funcionários das empresas, agentes, procuradores, despachantes, prestadores de serviços e quaisquer terceiros que ajam em nome das empresas, bem como a seus administradores.

Os administradores de fundos mútuos são obrigados a descrever detalhadamente as estratégias de investimento e garantias que oferecem, que tipos de investimentos são esses e qual o nível de risco que os fundos vão assumir, além de reportar-se periodicamente ao investidor. Sendo assim, as instituições administradoras e gestoras de recursos precisam atentar ao caráter fiduciário que representam. Para isso, é imperativo que as necessidades e regras acordadas com o cliente, fornecedor e funcionários, tornem-se o foco de todas as decisões de investimento tomadas pelo gestor. As regras de *compliance* atentam fortemente a esse ponto.

A política de transparência dos gestores deve desenvolver reflexos úteis e mensuráveis. Dessa forma, para que haja percepção desse valor pelo investidor, o interesse por empresas idôneas deve ser sempre desenvolvido. A busca por transparência fará com que os sistemas de informações das empresas sejam ainda mais desenvolvidos, podendo espelhar essa nova moralidade Página 25

demonstrativos e fornecendo, assim, valiosa contribuição à decisão do investidor.

Dada a infinidade e complexidade de normas regulatórias para as mais diferentes atividades, empresas e instituições desenvolveram setores voltados única e exclusivamente para tal finalidade: assegurar que as regras a elas destinadas sejam cumpridas, evitando-se problemas jurídicos e de imagem.

Com as atividades de *compliance*, os possíveis desvios em relação à política interna são mais facilmente identificados e evitados. Com isso, sócios e investidores têm a segurança de que suas aplicações e orientações serão detalhadamente geridas segundo as diretrizes por eles minuciosamente estabelecidas.

Afinal, não existe *compliance* se não houver segregação de funções: por exemplo, quem determina um investimento não pode ser a mesma pessoa a fiscalizá-lo; quem cria uma norma interna não pode nomear a si próprio como fiscalizador dessa norma.

A partir de meados da década de 1990, todas as organizações públicas e privadas passaram a adotar o *compliance* como uma de suas regras mais primárias e fundamentais para a transparência de suas atividades. O oposto também é válido: as empresas ou órgãos públicos que não possuem uma área forte de *compliance* perdem em credibilidade perante as partes interessadas (*stakeholders*) e cada vez mais perdem oportunidades no mercado, principalmente no financeiro.

Nessa última linha, vale mencionar em especial os países que criaram ou incrementaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, fixando como parâmetro para a pena a existência de sistemas de *compliance* mais ou menos robustos, como é o caso da legislação espanhola (art. 31 *bis* do Código Penal espanhol),<sup>35</sup> do qual ressaltamos o seguinte:

“A responsabilidade penal das pessoas jurídicas será exigida sempre que se constate um delito cometido por agentes que exerçam cargos ou funções mencionadas no parágrafo anterior mesmo que esta pessoa física não tenha sido individualizada ou quando não tenha sido possível ingressar com uma ação contra ela. Quando, como consequência dos mesmos fatos se impuser a ambas pena de multa, os juízes ou tribunais adequarão as respectivas quantias de modo que o montante financeiro resultante não seja desproporcional em relação à gravidade dos delitos”.<sup>36</sup>

No Brasil, onde a preocupação com o desenvolvimento de setores para o cumprimento de normas teve início há menos de uma década, em especial no setor bancário, o âmbito de abrangência do *compliance* é menor que nos países europeus e nos EUA, voltados às áreas com maior risco de crises institucionais e de imagem, ou cuja regulação exija a criação do setor.

No entanto, a aprovação das novas regras de prevenção e combate à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, alterada pela Lei 12.683/2012) e a tramitação do PL 6862/2010, que dispõe sobre a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica por atos contra a administração pública, têm movimentado diversos setores para uma efetiva implementação ou aprimoramento de políticas de *compliance*.

Nessa linha, as empresas têm desenvolvido programas e políticas que agregam (i) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; (ii) a elaboração de Códigos internos de conduta, organização da coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes, fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; (iii) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; (iv) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar.

São diversos os modelos de *compliance*, mais ou menos abrangentes ou estruturados de acordo com o setor e com a complexidade das atividades da empresa. Há setores de *compliance* voltados para assegurar o cumprimento de normas trabalhistas, outros direcionados à regulação tributária, ambiental, do consumidor, etc. Nesse contexto, surge o *criminal compliance*.

Como referido supra, o marco regulatório administrativo de diversos setores é detalhado, dinâmico e complexo. Como boa parte de tais normas complementa normas penais em branco, ou é levada em consideração na interpretação de tipos penais abertos, seu descumprimento pode levar – direta ou

indiretamente – à responsabilidade penal.

Ademais, em regra, tais normas administrativas determinam o risco permitido de uma atividade, sendo fundamentais para a verificação da imprudência (crimes culposos) ou da temeridade de alguns delitos dolosos (como gestão temerária, por exemplo).

Por isso, o cumprimento dos marcos regulatórios torna-se importante não apenas para evitar responsabilidades na seara administrativa, mas também para proteção da imputação criminal. A observância das normas de cuidado – através de um sistema de *compliance* estruturado – é o instrumento que assegura a proteção da empresa e de seus dirigentes da prática de delitos e da colaboração com agentes criminosos, minimizando os riscos de responsabilidade penal e de desgastes perante a opinião pública.

Os principais elementos caracterizadores de um programa de compliance efetivo são:

“• Comprometimento e suporte da alta administração da empresa;

- Área de *Compliance* deve ser independente, com funcionários e condições materiais suficientes e deve ter acesso direto à alta administração da empresa (Conselho de Administração);

- Mapeamento e análise dos riscos;

- Estabelecimento de controles e procedimentos;

- Criação de meios de comunicação internos e treinamentos;

- Existência de mecanismos que possibilitem o recebimento de denúncias (*hotlines*) de empregados e de terceiros, mantendo-se a confidencialidade e impedindo retaliações;

- Existência de políticas escritas sobre anticorrupção; brindes e presentes, doações; hospedagens; viagens e entretenimento.”

#### **4. Due diligence e a lei anticorrupção aplicada a casos de fusões, aquisições e gestão de terceiros**

“O processo de *Due Diligence* é uma arte em si para avaliar todos os aspectos jurídicos envolvendo certa empresa, a fim de determinar se cada prática do negócio está ou não suscetível a eventualidades, para ser capaz de entender quão frágeis ou fortes certas relações corporativas podem ser, sem nunca perder de vista os interesses e necessidades dos participantes. Coordenar uma *Due Diligence* é de alguma forma dirigir o perfil da vida corporativa”.

*Due diligence* é o jargão utilizado para denominar os procedimentos de coleta de informações, que se tornaram populares nos Estados Unidos por meio do *Securities Exchange Act* publicado em 1933 pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), autarquia que regula o mercado de capitais norte-americano, de forma equivalente à nossa Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>37</sup> brasileira e que tinha e todavia tem como objetivos básicos garantir que investidores tenham acesso a determinadas informações financeiras ou quaisquer outras informações relevantes acerca de valores mobiliários ofertados publicamente, evitando enganos, informações deturpadas e outras fraudes na venda de valores mobiliários. Tais responsabilidades seriam evitadas por meio da possibilidade de acesso dos investidores ao resultado do exercício de uma “diligência razoável”, tendo a condução de investigações de *Due Diligence* se tornado uma prática padrão no ambiente global de negócios.

Utilizada inicialmente no mercado de capitais, para levantar informações sobre as empresas emissoras de ações que serão disponibilizadas em seus prospectos, documentos informativos necessários para a realização da oferta pública, a *due diligence* ampliou seu campo de utilização, passando a ser considerada quase que imprescindível para assegurar o sucesso de grandes operações de reorganização societária.

O processo de *due diligence* envolve basicamente a coleta de informações a fim de realizar levantamentos e análises detalhadas acerca da atual situação do negócio a ser adquirido. Quanto maior a quantidade de informações e de detalhes obtidos, mais precisos serão os subsídios dos elementos para realização de projeções de natureza financeira, econômica, jurídica e estratégica quanto ao futuro do negócio adquirido após o fechamento da operação.

Por isto, normalmente, este processo é conduzido antes das partes firmarem qualquer compromisso definitivo com o intuito de se verificar a situação jurídica, econômica e financeira da sociedade objeto.

Regra geral, o processo de *due diligence* ocorrido, sobretudo, em um contexto de fusão e de aquisição, envolve a análise das seguintes espécies e questões:

a) “*Aspectos societários*: realiza-se a avaliação dos atos constitutivos da empresa e de seu estado perante os órgãos de registro de comércio a fim de que possam ser identificados eventuais entraves à operação em andamento, bem como a análise de seus livros societários, com vistas à verificação da regularidade dos atos nele registrados. No que concerne às sociedades anônimas de capital aberto, devem ser também verificados seus registros perante a CVM e a Bolsa de Valores, bem como a conduta da Companhia quanto à observância dos direitos dos acionistas minoritários e devem ser verificados seus títulos emitidos por empresa auditada e suas eventuais ofertas públicas;

b) *Aspectos tributários e previdenciários*: deve-se realizar a análise dos processos administrativos e judiciais em que a empresa esteja envolvida, bem como de suas rotinas fiscais e previdenciárias, com o intuito de verificar eventuais problemas dessa ordem e os que poderão decorrer das modificações realizadas com a implementação do negócio;

c) *Aspectos Trabalhistas*: trata da avaliação dos processos administrativos e contenciosos que envolvem questões trabalhistas, bem como as rotinas adotadas pela empresa nesse setor com vistas a identificar eventuais contingências e problemas que possam decorrer das modificações surgidas em virtude da operação;

d) *Relações Contratuais*: Faz-se necessário o exame dos contratos firmados e que tenham sua execução em curso, com especial ênfase nos contratos financeiros e operacionais e nos demais contratos de maior relevância para a sociedade, visando identificar possíveis cláusulas de inadimplemento em caso de alienação de controle acionário da empresa ou outras cláusulas que possam vir a prejudicar o fiel andamento das negociações contratuais. Deve-se analisar, outrossim, os processos judiciais que versem sobre questões e lides contratuais, visando identificar e quantificar possíveis contingências;

e) *Titulação dos bens do ativo*: avalia-se a regularidade documental dos principais bens componentes do ativo, bem como daqueles que, por quaisquer motivos, interessem à operação e os eventuais custos para a correção das irregularidades encontradas. Busca-se identificar, também, os ônus e gravames (hipotecas, penhoras, servidões, alienações) que recaiam sobre os imóveis. Devem ser objeto de análise, ainda, os documentos comprobatórios da propriedade dos principais bens móveis que compõem o ativo da empresa auditada a fim de serem identificadas a contingências, ônus e gravames que possam recair sobre eles.

f) *Questões ambientais*: A situação das licenças ambientais exigíveis para o exercício da atividade da empresa auditada deve ser examinada com atenção, sem nos olvidarmos dos processos judiciais e administrativos de índole ambiental que envolvam a empresa, para identificar eventuais responsabilidades pela reparação de danos por ela causados ao meio ambiente, bem como a regularidade das práticas adotadas no âmbito de suas operações;

g) *Direito do Consumidor*: Relevante verificar a situação das relações mantidas pela sociedade auditada, bem como seus índices de reprovação concretizados pela quantidade de ações judiciais em esfera administrativa e judicial com fins de estabelecer as contingências e os efeitos decorrentes de eventual prática irregular e rechaçadas pelos órgãos de defesa do consumidor e pelos próprios consumidores.

No entanto, o aspecto crucial de uma análise precisa vai além de uma simples verificação do *status* atual de qualquer aspecto, consistindo na habilidade de prever contingências potenciais que tal aspecto possa gerar e ser capaz de avaliar a probabilidade de danos ou perdas no futuro.

O volume de fusões e aquisições teve crescimento expressivo no Brasil e tudo indica que a tendência é de expansão. À primeira vista, não parece óbvio que empresas brasileiras possam estar sujeitas à aplicação das penalidades previstas na *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americana (FCPA), caso adquiram ou formem *joint venture* com empresa brasileira que tenha participado em atos de corrupção. Caso haja, todavia, elemento de conexão suficiente para sujeitar algum dos

partes à FCPA, fusões, aquisições e *joint ventures* podem ter tal consequência inesperada.

É de especial importância atentar às diretrizes das autoridades dos Estados Unidos (EUA) quanto à aplicabilidade da FCPA a tais operações. Vale notar que o *Department of Justice* (DOJ) e a *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgãos encarregados pela apuração de infrações sujeitas à FCPA, vêm adotando interpretação ampla na aplicação da lei a empresas estrangeiras, já tendo sugerido que um telefonema, e-mail ou fax, para ou por meio do território dos EUA, seria suficiente para sujeitar empresas estrangeiras à FCPA, desde que tal canal seja utilizado como meio ou esteja relacionado à prática da infração.

A discussão é de especial importância diante da Lei 12.846/2013, a Lei Anticorrupção Empresarial. Inspirada na FCPA, a nova lei estabelece a possibilidade de punições a empresas nacionais e estrangeiras por pagamentos ilegais feitos a autoridades governamentais. Entre as muitas similaridades com a FCPA, incluem-se a possibilidade de celebração de acordo de leniência com as autoridades e a aplicabilidade a atos praticados em outros países.

A vigência da nova Lei Anticorrupção deverá trazer à luz mais investigações e fatos envolvendo potenciais atos irregulares

E da mesma forma que a nova Lei Anticorrupção estabelece a permanência de responsabilidade em caso de incorporação ou fusão, também nos EUA, o adquirente pode estar sujeito a punições por atos praticados pela empresa adquirida, coexistindo como a responsabilidade do adquirente ou empresa sobrevivente pelas irregularidades praticadas pelo negócio adquirido, importante área de crescente destaque nas investigações da SEC e do DOJ.

Em novembro de 2012, DOJ e SEC publicaram o *Resource Guide to the U.S. FCPA*, contendo orientações para o cumprimento da lei e diretrizes seguidas pelos mencionados órgãos nos processos para apuração de condutas.

No que se refere especificamente a fusões, aquisições e *joint ventures*, o guia esclarece que a instauração de processo administrativo é mais provável no caso de irregularidades graves e contínuas, ou quando o adquirente tenha-se envolvido ou não tenha tomado medidas para interromper a prática.

O guia reforça a importância de duas medidas: um processo de auditoria legal (*due diligence*) de forma prévia à aquisição; e um programa de integração posterior à aquisição, incluindo passos para a adoção de código de conduta, treinamento e outras medidas para cessar práticas irregulares.

A realização de *due diligence* concernente às práticas de corrupção vai além do tradicional escopo daquela comumente realizada na prática de fusões e aquisições.

Trata-se de toda uma nova área sujeita a procedimentos próprios de investigação. A recomendação do guia é uma auditoria baseada em risco, para identificação dos principais riscos relativos a potenciais práticas de corrupção no modelo de negócios de uma empresa e nos seus relacionamentos específicos com clientes, fornecedores e terceiros.

Não há fórmula pré-estabelecida quanto à maneira de realização da auditoria, mas o *Resource Guide* oferece exemplos de características desejáveis. Estas incluem a análise de dados financeiros e de vendas, bem como de contratos com clientes e fornecedores, pelas áreas legal, contábil e de *compliance*, com atenção a riscos de ocorrência de pagamentos indevidos; a avaliação da base de clientes da empresa adquirida; a auditoria de transações específicas selecionadas relevantes no negócio da empresa adquirida; e a realização de discussões e entrevistas detalhadas com os departamentos jurídico, de vendas e controladoria, no que se refere a riscos de irregularidades, medidas tomadas para evitá-los, esforços para implementação de medidas de *compliance* e quaisquer outros assuntos relacionados à corrupção que possam ter surgido em anos passados.

Documentando-se um genuíno esforço para descobrir e evitar violações à lei, o adquirente fica mais bem habilitado a demonstrar o comprometimento com políticas anticorrupção. A prévia realização de auditoria legal, o devido registro e documentação quanto à sua realização, e um programa de integração posterior são listados no *Resource Guide* como elementos fundamentais de um programa de *compliance* efetivo. Portanto, as autoridades norte-americanas esperam que um programa de *compliance* corporativo estabeleça diretrizes claras para realização prévia de processo de *due*

*diligence*, bem como as políticas aplicáveis a processos de integração pós-aquisição de novos negócios.

Essa expectativa é de especial relevo no atual cenário brasileiro: a vigência da nova Lei Anticorrupção deverá trazer à luz mais investigações e fatos envolvendo potenciais atos irregulares praticados por empresas brasileiras. Uma vez que tais informações sejam investigadas, aumentará o volume de informações disponíveis aos órgãos dos EUA para instaurar seus próprios procedimentos e investigações.

Nesse contexto, as empresas brasileiras que possam vir a se sujeitar à FCPA têm razões ainda mais contundentes para realizar um processo de auditoria que talvez antes não estivesse no radar, focado especificamente nos riscos e práticas de corrupção.

Em nossa realidade brasileira onde está incluída a *Due Diligence*, a Lei logo em seu art. 4.º já deixa claro que a responsabilidade não deixa de existir caso ocorra, dentre outras hipóteses, incorporação ou fusão societária e, nestas hipóteses, a responsabilidade fica restrita à obrigação de pagamento de multa e à reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido.

As sanções previstas na Lei 12.846/2013 passam a ser integrais quando ocorrer uma clara evidência de que a transação foi uma simulação ou perceber-se que houve um intuito evidente à ocorrência de fraude em caso de incorporação ou fusão.

Desta forma, uma empresa média que pretenda receber investimentos de fundos de *private equity* ou outras transações que resultem na sua venda parcial, integral ou uma fusão deverá sempre observar um ambiente que incentive boas práticas de controles em nível de entidade, em que exista a divulgação de valores da empresa e incentivos à implantação de canais de denúncias anônimas.

No art. 5.º da Lei existe uma lista de atos considerados fraudulentos que irão expor determinada empresa ou entidade às sanções previstas e a primeira delas é a corrupção ativa, existindo também previsão sobre atos fraudulentos contra licitações e contratos, utilização de pessoa interposta para a prática de atos lesivos, dentre outras.

A realização de *due diligence* concernente a práticas de corrupção vai além do tradicional escopo daquela comumente realizada na prática de fusões e aquisições. Trata-se de toda uma nova área sujeita a procedimentos próprios de investigação. A recomendação do guia é uma auditoria baseada em risco, para identificação dos principais riscos relativos a potenciais práticas de corrupção no modelo de negócios de uma empresa e nos seus relacionamentos específicos com clientes, fornecedores e terceiros.

## 5. Conclusão

Empresas envolvidas em corrupção terão punições mais severas a partir da vigência da chamada Lei Anticorrupção. Focada no corruptor, a nova legislação determina que as companhias devolvam aos cofres públicos os prejuízos causados por atos ilícitos, além de estipular a aplicação de multas e até o fechamento delas em casos mais graves. As companhias também serão responsabilizadas por atos ilícitos dos seus funcionários, ao contrário do que ocorre hoje.

O Brasil avançou muito no combate às práticas de corrupção desde 2003, ano em que a CGU foi criada. A prova deste avanço, com aperfeiçoamento do marco legal e incremento da política de transparência nos gastos e atividades públicas, vem de outras nações emergentes. Tais países colocam o Brasil como referência no assunto, convidando seus representantes em diversas ocasiões para que apresentem seus projetos.

Na senda das medidas anticorrupção adotadas no plano internacional, inúmeros países têm redimensionado seus sistemas de combate à corrupção.

Ao menos sob o aspecto formal, inúmeras medidas preventivas de combate à corrupção já foram adotadas no Brasil, a saber:

a) "Múltiplas unidades da Federação estatuíram códigos de conduta para os seus servidores;

b) Fornecimento anual da declaração de rendas já é contemplado no art. 13 da Lei 8.429/1992<sup>38</sup> e na Lei 8.730/1993;<sup>39</sup>

- c) Os agentes públicos, ressalvadas algumas poucas exceções, são recrutados por meio de concurso público;
- d) As Contratações de bens e serviços são precedidas de licitação, o que assegura a sua publicidade e equidade;
- e) A gestão das receitas do Estado, além de ser objeto de fiscalização pelas Cortes de Contas, deve obedecer aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal;
- f) As pessoas físicas e jurídicas que se envolvam na prática de atos de corrupção, consoante o art. 12 da Lei 8.429/1992,40 podem ser proibidas de contratar com o Poder Público;
- g) A lei contempla um programa de proteção às testemunhas;
- h) A todos é assegurado o direito de representação; etc.” Ocorre que a Lei 12.846/2013, por ser muito recente, ainda não teve um histórico de aplicação e de eficácia muito vasto. As principais questões a serem atentadas, debatidas abordadas e respondidas na prática serão: (i) Como a lei será aplicada? (ii) Caso não deleguem para um órgão específico, a autoridade máxima de cada órgão público tem a prerrogativa de acionar a lei anticorrupção?

Conforme observado acima, os fatores “perigosos” da novel lei os quais devem ser atentados e cuidados pelos órgãos competentes são: (a) Atenção em negócios com o governo ou instituições controladas pelo governo; (b) Uso de terceiros em transações com o governo; (c) Os serviços prestados devem ser claros; (d) A empresa deve formalmente contratar os terceiros somente após realização de *due diligence* adequada (e) A compensação de terceiros deve ser razoável e adequada; (f) Pagamentos em dinheiro e a título de entretenimento, presentes e brindes para agentes do governo.

Os programas de *compliance* já criados necessitam ser revistos regularmente, com base na avaliação dos potenciais riscos a que a empresa e seu nicho de negócio estão sujeitos. No entanto, a mera revisão do programa não basta. É imperioso divulgar e aplicar efetivamente tais programas dentro das respectivas instituições empresariais.

Outro ponto de grande importância refere-se às *due diligences* em empresas da corrente produtiva e nas operações societárias. A fim de prevenir eventuais problemas com a nova lei, é fundamental a empresa realizar *due diligence* anticorrupção em terceiros (fornecedores, entre outros), para evitar o risco de ser responsabilizada objetivamente por atos lesivos à Administração Pública, praticados em seu benefício ou interesse, ainda que por terceiros.

O treinamento a ser dado à área de *compliance* devem (i) ser aplicados a todos os funcionários e terceiros, principalmente para aqueles que mantenham contato com o Poder Público; (ii) abranger principais normas anticorrupção, código de conduta da empresa, políticas e procedimentos internos; (iii) ser interativos, dinâmicos, no idioma local e com exemplos de casos práticos de fácil assimilação; (iv) ministrados de forma constante e, ainda, devem ter registro de presença de todos os participantes; (v) atentar às licitações e contratos públicos, em virtude das novas previsões legais.

A lei é bastante clara no que diz respeito ao poder da CGU de trazer para si a investigação de um caso que aconteça em qualquer área do poder Executivo Federal. Mas não existe menção se a mesma lei se aplica nas outras esferas federativas, por exemplo. Pelo conceito da simetria com a lei, a interpretação do órgão é a de que a regra se aplica às corregedorias ou auditorias-gerais dos estados. Com isso, poder-se-ia centralizar o processamento das empresas que cometerem infrações em diversos órgãos do próprio estado. Como a lei não explicitou isso no texto, a jurisprudência a ser formada parece-nos a melhor solução jurídica.

A implementação da Lei deve ser cuidadosa no que diz respeito aos riscos do uso perverso do *compliance* em outras esferas de governo e é preciso regulamentar os acordos de leniência.

Em que pese a excitação natural que a aprovação da Lei gera nos profissionais que atuam na área de *compliance*, é preciso ter em conta que a nova Lei não vai mudar a situação do Brasil da noite para o dia. E nem gerar programas robustos de *compliance* nas empresas por osmose. Nesse momento, o fundamental é a divulgação da Lei e o entendimento geral dos seus princípios. Ela não é uma Lei difícil, vai gerar uma jurisprudência que vai ser criada ao longo do tempo. É consenso que

será preciso um trabalho firme e contínuo dos órgãos de fiscalização para a aplicação da Lei.

É possível afirmar, com certa tristeza, que a ordem natural das coisas está a indicar que ainda temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas sim o resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a convivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isto, a corrupção poderá ser atenuada (a Lei 12.846/2013 foi criada com esse fim), contudo, eliminada, dificilmente, o será.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, BOTTINI, Pierpalo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais-comentários à Lei 12683/2012*. São Paulo. Ed RT, 2012.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul: 2008.

SADDI, Jairo (org.). *Fusões e Aquisições: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. São Paulo: IOB, 2002.

SELISTRE PEÑA, Eduardo Chamale. *Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção*. [www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptao].

#### Sites consultados

[www.webartigos.com/artigos/a-observancia-do-art-3-da-lei-8666-93-como-forma-de-combate-a-corrupcao-no-brasil/4]

[www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/pwc-compliance-exige-que-departamentos-financeiros-facam-av]

[www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-com-pliance].

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Ombudsman].

[http://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o].

[www.planalto.gov.br].

---

1 Para Gilson Dipp, ministro do STJ, não seria necessária nova lei sobre corrupção, porque todos os dogmas, fundamentos, princípios, diretrizes, mandamentos estão incluídos em três textos, (i) a Convenção Interamericana contra a Corrupção, (ii) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e (iii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE, mas que o Brasil não aplica pactos internacionais por conta de um entraves burocráticos, relacionados ao STF<sup>1</sup> e que os ministros do Supremo adotam um conceito ultrapassado e velho de soberania nacional, que, segundo Dipp, também é respeitada quando se exerce tratados de convenções internacionais. No que tange às leis estrangeiras, ele sustenta que as convenções internacionais que têm o Brasil como signatário entram no ordenamento jurídico nacional com força de Lei Ordinária. Assim, para tornar o combate à corrupção eficiente, a Lei 12.846/2013 garantiu grandioso poder ao Estado e alta responsabilidade às empresas. Segundo ele, é preciso lembrar que o processo penal comporta uma gama infinita de recursos, já que são fundamentais os princípios do contraditório e ampla defesa e devido processo legal. Para Gilson Dipp, é necessária uma mudança, já que respeito aos três princípios não significa processo eterno.

#### 2 Lei 12.846/2013

“Art. 6.º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

§ 4.º Na hipótese do inc. I do *caput*, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).”

### 3 Lei 12.846/2013

“Art. 6.º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

II – publicação extraordinária da decisão condenatória.”

4 As leis trabalhistas e as demissões por justa causa não devem ser deixadas de lado, por exemplo.

### 5 Lei 12.846/2013

“Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.”

### 6 Lei 12.846/2013

“Art 16 (...)

§ 2.º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inc. II do art. 6.º e no inc. IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.”

### 7 Lei 8.666/1993:

“Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1.º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2.º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3.º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – 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, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I – tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II – tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III – demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

8 “Art. 31. Do acordo de leniência constará obrigatoriamente:

I – a identificação completa da pessoa jurídica e de seus representantes legais, acompanhada da documentação pertinente;

II – a descrição da prática denunciada, incluindo a identificação dos participantes que a pessoa jurídica tenha conhecimento e relato de suas respectivas participações no suposto ilícito, com a individualização das condutas;

III – a confissão da participação da pessoa jurídica no suposto ilícito, com a individualização de sua conduta;

IV – a declaração da pessoa jurídica no sentido de ter cessado completamente o seu envolvimento no suposto ilícito, antes ou a partir da data da propositura do acordo;

V – a lista com os documentos fornecidos ou que a pessoa jurídica se obriga a fornecer com o intuito de demonstrar a existência da prática denunciada, com o prazo para a sua disponibilização;

VI – a obrigação da pessoa jurídica em cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento;

VII – a declaração da Controladoria-Geral do Município de que a pessoa jurídica foi a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar com a apuração do ato ilícito;

VIII – a declaração da Controladoria Geral do Município de que a celebração e cumprimento do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inc. II do art. 6.º e no inc. IV do art. 19, ambos da *Lei Federal 12.846/2013*, e reduzirá, em até 2/3 (dois terços), o valor da multa aplicável, observado o disposto nos §§ 2.º e 3.º deste artigo, ou, conforme o caso, isentará ou atenuará as sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da *Lei 8.666/1993*;

IX – a previsão de que o não cumprimento, pela pessoa jurídica, das obrigações previstas no acordo de leniência resultará na perda dos benefícios previstos no § 2.º do art. 16 da *Lei federal 12.846/2013*;

X – as demais condições que a Controladoria Geral do Município considere necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.”

9 Na mesma trilha, seria de fundamental importância a aprovação e a sanção de uma lei federal de defesa do usuário do serviço público, a exemplo do que já fez o Estado de São Paulo, exigência constitucional trazida no art. 37, § 3.º, da nossa Constituição pátria vigente.

10 Nesse diapasão, veio em bom momento a aprovação da PEC 45, que prevê regras claras sobre a organização das atividades de controle interno nas diversas esferas federativas do País, replicando por estados e municípios, o modelo de atuação de corregedorias independentes. Não existe na Constituição Federal nenhum inciso específico que defina a modelagem das atividades do sistema de controles internos.

11 Disponível em: [<http://pt.wikipedia.org/wiki/Corrup%C3%A7%C3%A3o>].

12 Disponível em:

[[www.webartigos.com/artigos/a-observancia-do-art-3-da-lei-8666-93-como-forma-de-combate-a-corrupcao-no-brasil/4](http://www.webartigos.com/artigos/a-observancia-do-art-3-da-lei-8666-93-como-forma-de-combate-a-corrupcao-no-brasil/4)].

13 Geralmente, essas empresas são formadas por “laranjas”, que são pessoas que fornecem seus nomes com o “testa de ferro” para participarem do esquema, bem como através de documentos falsos, roubados ou perdidos.

14 A Lei 8.429/1992, regulamentando o art. 37, § 4.º, da CF/1988, considerou atos de improbidade as condutas praticadas por agente público, no exercício da função, que importem em enriquecimento ilícito, dano ao patrimônio público ou violação aos princípios regentes da atividade estatal. Praticando tais atos, de natureza cível e que serão apreciados por um órgão jurisdicional, estará o agente sujeito às sanções cominadas no art. 12 da denominada Lei de Improbidade: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, perda dos bens adquiridos ilicitamente, dever de reparar o dano, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios e multa.

15 Na Espanha, a diretiva redundou na edição da Lei 19/1993, que impôs inúmeras obrigações às instituições financeiras. No caso de descumprimento, a depender da gravidade da conduta, que pode ser grave ou muito grave, são previstas as sanções de advertência privada, advertência pública, multa, suspensão do empregado responsável pela prática indevida, inabilitação para o exercício de funções em instituições financeiras e revogação da autorização para operar. Essa Lei foi regulamentada pelo Real Dec. 925, de 09.06.1995.

16 Trata-se de Convênio composto por 13 artigos: art. 1.º) elenca inúmeras condutas que consubstanciam fraude contra os interesses financeiros das Comunidades Europeias e dispõe sobre a obrigação de os Estados membros trasladá-las ao direito penal interno; art. 2.º) necessidade de as sanções penais serem efetivas, proporcionais e dissuasórias, devendo ser prevista, ao menos em relação à fraude grave, penas privativas de liberdade que possam dar lugar à extradição, sendo admissível, quanto às fraudes leves, sanções mais brandas; art. 3.º) consagra a responsabilidade penal dos dirigentes de empresa, com poderes de decisão ou controle, ainda que a fraude seja praticada por uma pessoa submetida a sua autoridade, desde que atue em nome da empresa; art. 4.º) estabelece regras de competência para a persecução das infrações; art. 5.º) o Estado membro que não conceda a extradição deve adotar as medidas necessárias à coibição das infrações, ainda que praticadas fora do seu território; art. 6.º) estabelece regras de cooperação quanto à investigação das infrações penais, ao cumprimento de diligências judiciais e à execução das sanções aplicadas; art. 7.º) veda, ressalvadas algumas exceções (v.g.: fatos que constituam crime contra a segurança ou outros interesses essenciais do Estado membro e ilícito praticado por funcionário de Estado membro que importe em descumprimento das obrigações do cargo – sendo afastada a incidência das exceções no caso de processamento ou deferimento do pedido de extradição), a persecução do mesmo fato em Estados membros diferentes nos casos em que a sanção já tenha sido cumprida, esteja em vias de ser executada ou não possa ser executada segundo as leis do Estado que a impôs; art. 8.º) dispõe sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia; art. 9.º) consagra a possibilidade de os Estados membros adotarem disposições cujo alcance seja maior que aquelas do convênio; art. 10) dispõe sobre o dever de comunicação, à União Europeia, dos textos adotados no âmbito do direito interno em cumprimento ao convênio; art. 11) trata da entrada em vigor do Convênio, o que ocorrerá noventa dias após a notificação pelo Estado membro que, em último lugar, implemente, no âmbito do direito interno, as medidas necessárias à sua adoção; art. 12) contempla a possibilidade de adesão por outros Estados que venham a se tornar membros da União Europeia; e art. 13) o depositário do Convênio será o Secretário-Geral do Conselho da União Europeia.

17 Esse Convênio é integrado por 16 artigos: art. 1.º) estabelece o conceito de funcionário, gênero que engloba os funcionários comunitários e nacionais; art. 2.º) define o crime de corrupção passiva, que se consuma com o recebimento de vantagem ou com a mera promessa; art. 3.º) define o crime de corrupção ativa; art. 4.º) dispõe que a prática de crimes de corrupção por altas autoridades nacionais será perquirida de modo similar àquele relativo às autoridades da Comunidade Europeia; art. 5.º) dispõe que, sem prejuízo das medidas disciplinares, as sanções penais cominadas aos crimes de corrupção, além de poderem ser idênticas àquelas, o que reflète a independência entre as instâncias, deverão ser proporcionais e dissuasórias, incluindo, ao menos em relação aos casos graves, penas privativas de liberdade que podem dar lugar à extradição (o que não exclui, sequer, os nacionais); art. 6.º) consagra a responsabilidade penal dos dirigentes de empresa, com poderes de decisão ou controle, ainda que o crime de corrupção seja praticado por uma pessoa submetida a sua autoridade, desde que atue em nome da empresa; art. 7.º) estatui diretrizes para a fixação da competência do órgão jurisdicional; art. 8.º) dispõe sobre a extradição, inclusive de nacionais; art. 9.º) estabelece regras de cooperação quanto à investigação das infrações penais, ao cumprimento de diligências judiciais e à execução das sanções aplicadas; art. 10) veda, ressalvadas algumas exceções (v.g.: fatos que constituam crime contra a segurança ou outros interesses essenciais do

Estado membro e ilícito praticado por funcionário de Estado membro que importe em descumprimento das obrigações do cargo), a persecução do mesmo fato em Estados membros diferentes nos casos em que a sanção já tenha sido cumprida, esteja em vias de ser executada ou não possa ser executada segundo as leis do Estado que a impôs, sendo garantida, nas hipóteses em que a persecução seja admitida, a detração da pena já cumprida; art. 11) consagra a possibilidade de os Estados membros adotarem disposições cujo alcance seja maior que aquelas do convênio; art. 12) dispõe sobre a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia; art. 13) trata da entrada em vigor do Convênio, o que ocorrerá noventa dias após a notificação pelo Estado membro que, em último lugar, implemente, no âmbito do direito interno, as medidas necessárias à sua adoção; art. 14) contempla a possibilidade de adesão por outros Estados que venham a se tornar membros da União Europeia; art. 15) somente admite a formulação de reservas quanto ao art. 7.º, cláusula 2 (normas de competência) e ao art. 10, 2 (situações que justificam a persecução de um mesmo fato mais de uma vez); e art. 16) o depositário do Convênio será o Secretário-Geral do Conselho da União Europeia.”

18 De acordo com o Wikipédia: [<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ombudsman>], “Ombudsman (ombudsman) 1.º é um profissional contratado por um órgão, instituição ou empresa com a função de receber críticas, sugestões e reclamações de usuários e consumidores, devendo agir de forma imparcial no sentido de mediar conflitos entre as partes envolvidas (no caso, a empresa e seus consumidores)”. No Brasil, “esta função, similar ao ombudsman, é exercida pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), vinculada ao Ministério Público.”

19 A Ação Comum é composta de 10 artigos: “art. 1.º) define pessoa, pessoa jurídica e descumprimento das obrigações; art. 2.º) define o crime de corrupção passiva no setor privado, que está associado ao recebimento de vantagem ou à promessa de recebê-la, em razão de uma ação ou omissão relacionada ao exercício da atividade empresarial; art. 3.º) define o crime de corrupção ativa no setor privado; art. 4.º) necessidade de as sanções penais serem efetivas, proporcionais e dissuasórias, devendo ser prevista, ao menos nos casos graves, penas privativas de liberdade que possam dar lugar à extradição; art. 5.º) dispõe sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas, em relação aos atos de corrupção praticados por pessoa que ostente um cargo de direção ou que ostente poder decisório, bem como sobre a responsabilidade dos subordinados em relação aos atos de corrupção ativa advindos do descumprimento do dever de vigilância que recai sobre os superiores hierárquicos; art. 6.º) as pessoas jurídicas poderão estar sujeitas, dentre outras sanções de caráter penal ou administrativo, à exclusão do recebimento de vantagens ou ajudas públicas, à proibição temporária ou permanente de desenvolver atividades comerciais, à vigilância judicial e à medida judicial dissolutória; art. 7.º) estatui diretrizes para a fixação da competência do órgão jurisdicional; art. 8.º) dois anos após a entrada em vigor da Ação Conjunta, os Estados membros apresentarão propostas visando à sua efetividade e, três anos após a sua entrada em vigor, o Conselho da União Europeia avaliará o seu cumprimento pelos Estados membros; art. 9.º) a Ação Comum será publicada no Diário Oficial; e art. 10) entra em vigor na data da publicação.

20 O Convênio é composto de 42 artigos. Dentre outras disposições, estatui alguns conceitos (art. 1º) e um rol de condutas que devem ser tipificadas como infrações penais pelos Estados partes (corrupção no setor público, corrupção em transações internacionais, corrupção no setor privado, corrupção de organizações internacionais, tráfico de influências e lavagem de dinheiro – arts. 2.º usque 14).

21 A implementação do Convênio será monitorada pelo Greco – Group of States against Corruption (art. 14).

22 Dispõe o Convênio que os atos de corrupção devem sujeitar os envolvidos a penas privativas de liberdade, a extradição, a sanções pecuniárias e ao perdimento do que auferissem com o ilícito (art. 3, incisos 2 e 3). Além disso, poderiam os Estados partes, de forma adicional, cominar outras sanções cíveis ou administrativas. Por força desse Convênio, inúmeros Estados realizaram adequação em sua legislação penal. A Espanha, por meio da Lei Orgânica 3/2000, alterou o Código Penal de 1995 para introduzir, após o Título XIX (“Delitos contra la Administración Pública”), o Título XIX BIS (“Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales”), constituído por um só artigo. O Brasil ratificou a convenção por meio do Decreto Legislativo 125/2000, sendo posteriormente promulgada pelo Dec. 3.678/2000. Consoante o art. 1º, *caput*, desse último decreto, a convenção “deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”, ressaltando,

em seu parágrafo único, que “a proibição de recusa de prestação de assistência mútua jurídica, prevista no art. 9, § 3.º, da Convenção, será entendida como proibição à recusa baseada apenas no instituto do sigilo bancário, em tese, e não a recusa em decorrência da obediência às normas legais pertinentes à matéria, integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, e a interpretação relativa à sua aplicação, feitas pelo Tribunal competente, ao caso concreto”. Incorporada a Convenção ao direito interno, foi editada a Lei 10.467/2002, que acresceu o Capítulo II-A, intitulado “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira”, ao Título XI do Código Penal, sendo referido capítulo integrado por três artigos. Além disso, acresceu um inc. VIII ao art. 1.º da Lei 9.613/1998, que dispõe sobre os “crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores”.

23 Tal recomendação foi expedida em 23 de maio de 1997: “The Council, (...) I. Recommends that those Member Countries which do not disallow the deductibility of bribes to foreign public officials re-examine such treatment with the intention of denying this deductibility. Such action may be facilitated by the trend to treat bribes to foreign officials as illegal”.

24 Dentre as práticas sugeridas com o fim de aumentar a transparência e diminuir a corrupção, estão: acesso dos cidadãos às informações financeiras do Poder Público, necessária apresentação de contas pelos funcionários dos organismos financeiros estatais, imperativa publicidade das decisões relacionadas à política financeira; transparência no exercício da função pública e definição de responsabilidades e objetivos dos bancos centrais. Um exemplo de materialização das diretrizes veiculadas pelo Código de boas práticas do FMI é a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira, de 4 de maio de 2000, que, entre outras medidas, em inúmeros preceitos estimula a ideologia participativa (arts. 48, 51, 56, § 3.º e 67).

25 “(...) Member States, individually and through international and regional organizations, taking actions subject to each State’s own constitutional and fundamental legal principles and adopted pursuant to national laws and procedures, commit themselves: (...) 7. To examine establishing illicit enrichment by public officials or elected representatives as an offence”.

26 O Brasil ratificou a Convenção em 25.06.2002 (Decreto Legislativo 152), sendo ela posteriormente promulgada pelo Dec. 4.410/2002 (DOU de 08.10.2002), sofrendo pequena alteração redacional por força do Dec. 4.534/2002. A única reserva feita à Convenção refere-se ao art. XI, 1, c (“art. XI. “1. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem: (...) c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado.” Segundo o art. 1.º do Dec. 4.410/2002, a convenção “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”.

27 SELISTRE PEÑA, Eduardo Chamale. Punição às empresas é diferencial da Lei Anticorrupção. Disponível em: [\[www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptcao\]](http://www.conjur.com.br/2013-set-26/eduardo-pena-punicao-empresas-diferencial-lei-anticorruptcao).

28 Disponível em: [\[www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptcao-estimular-compliance\]](http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptcao-estimular-compliance).

29 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, BOTTINI, Pierpalo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais-comentários à Lei 12683/2012*. São Paulo. Ed. RT, 2012.

30 DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 794.

31 “Art. 5.º 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. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

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.”

32 Lei 12.846/2013:

“Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei 8.429/1992; e

II – atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei 12.462/2011.”

33 MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil., 1. ed. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 15.

34 Disponível em:

[[www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/pwc-compliance-exige-que-departamentos-financeiros-facam-av](http://www.amcham.com.br/competitividade-brasil/noticias/pwc-compliance-exige-que-departamentos-financeiros-facam-av)]

35 “Art. 31 bis.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento, antes de

proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

36 Tradução livre de “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

37 SADDI, Jairo (org.). *Fusões e Aquisições: Aspectos Jurídicos e Econômicos*. São Paulo: IOB, 2002. p. 205.

38 Lei 8429/1992:

“Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.”

39 Lei 8730/1993:

“Art. 1.º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

VII – todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.” 40. Lei 8429/1992:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei 12.120/2009).

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por



---

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”