



**HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE**

Análise da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013  
(Lei Anticorrupção).

Brasília - DF  
2015

**HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE**

Análise da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013  
(Lei Anticorrupção).

Monografia apresentada para a obtenção  
do título de Pós-Graduado em Direito  
Administrativo no curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* do Instituto  
Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília - DF  
2015

**HUMBERTO BARBOSA DA SILVA LEITE**

Análise da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013  
(Lei Anticorrupção).

Monografia apresentada para a obtenção  
do título de Pós-Graduado em Direito  
Administrativo no curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* do Instituto  
Brasiliense de Direito Público - IDP.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Comissão Avaliadora:

---

Profª. Mª. Janete Ricken Lopes de Barros

---

Profª. Mª Lara Morais

Brasília - DF  
2015

Para Deus.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a Deus, que me ama, está sempre ao meu lado, e me fortalece e sustenta nas adversidades; à minha esposa, porque em Jesus Cristo somos uma só carne; aos meus pais, por me dedicarem o que há de mais divino, o amor; aos membros da Igreja de Cristo, porque são eles que me ajudam na caminhada rumo ao Alvo, que é Jesus; aos meus familiares e amigos por cada palavra positiva, e segundo de companhia; e a todos os meus professores, instrumentos de Deus para aperfeiçoar os meus conhecimentos.

## RESUMO

O tema deste trabalho é a Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. O problema encontra-se na pergunta: o ordenamento jurídico brasileiro precisava de mais uma lei para combater a corrupção? A hipótese que tenho para essa pergunta é que não era necessária mais uma lei; e que mesmo para as poucas inovações que a Lei Anticorrupção dispôs, como a responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a administração, poderia ter sido feito com alterações em dispositivos já existentes no ordenamento, do mesmo modo sobre outros dois pontos muito debatidos, quer seja o acordo de leniência e o programa de *Compliance*.

**Palavras-chave:** Corrupção. Responsabilização administrativa, civil e judicial. Pessoas jurídicas. Responsabilidade Objetiva. Atos lesivos. Administração Pública nacional ou estrangeira. Processo administrativo. Acordo de Leniência. *Compliance*. Programa de integridade.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 HISTÓRICO DA CORRUPÇÃO.....	10
1.1 Introdução à Lei nº 12.846/2013 .....	14
2 ANÁLISE DA LEI Nº 12.846/2013 .....	18
2.1 Responsabilidade.....	18
2.2 Atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira .....	23
2.3 Responsabilização Administrativa .....	32
2.4 Processo Administrativo de Responsabilização .....	43
2.5 Acordo de Leniência.....	49
2.6 Responsabilização Judicial.....	61
2.7 Disposições Finais.....	69
3 PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> .....	76
CONCLUSÃO .....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

## INTRODUÇÃO

Devido à desconfiança da sociedade com as relações comerciais entre o privado e o público, a Lei nº 12846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, foi pensada e editada; mas ainda não se tem precisa a sua interpretação e aplicação.

Desse modo, este estudo persegue efetuar uma análise detalhada de cada dispositivo da referida lei, bem como realizar críticas e sugestões, e discorrer sobre algumas dúvidas; tudo isso baseado na história da corrupção, no Brasil e fora dele, e comparando algumas normas anticorrupção no espaço.

Após a introdução, no Capítulo 1, desenvolvo breve relato histórico da corrupção, e incluo um subcapítulo para introduzir a Lei nº 12.846/2013. O Breve Relato Histórico da Corrupção trata da corrupção ainda no início de todas as coisas, na Bíblia; depois salta para o Brasil Colônia; passa pela formação dos Estados Democráticos de Direito e suas Constituições; e chega aos escândalos brasileiros de corrupção das últimas décadas. Traço algumas críticas quanto à normatização de combate à corrupção brasileira; e, por fim, trago dados comparativos temporais do grau de corrupção em alguns países. Passando para o Subcapítulo 1.1 Introdução à Lei nº 12.846/2013, faço ponderações mais específicas sobre o plano normativo brasileiro de combate à corrupção; o movimento internacional de combate à corrupção e sua influência no Brasil, antes mesmo das manifestações populares de 2013; e termino iniciando, efetivamente, a traçar alguns dos pontos fundamentais da Lei nº 12.846/2013.

O Capítulo 2 ANÁLISE DA LEI Nº 12.846/2013, foi dividido em sete Subcapítulos, e é nesse capítulo que analiso, critico, faço sugestões e coloco dúvidas, de modo detalhado, sobre toda a Lei. O Subcapítulo 2.1 Responsabilidade, aborda os assuntos inerentes à responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que foram dispostos nos artigos 1º a 4º da Lei. No Subcapítulo 2.2 Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira, cujo conteúdo foi todo disposto nos incisos, alíneas e parágrafos do artigo 5º da Lei Anticorrupção, é onde “disseco” os atos lesivos. O Subcapítulo 2.3 Responsabilização Administrativa aborda as sanções e o que será levado em consideração na aplicação das sanções, normas dispostas nos artigos 6º e 7º da Lei em análise; e é aqui onde há menção



aos 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 das pessoas jurídicas, mais conhecidos no mercado como Programas de *Compliance*, mas será no Capítulo 3 que será melhor analisado esse instituto. O Capítulo 2.4 Processo Administrativo de Responsabilização traz as normas do procedimento administrativo para apurar e julgar as ofensas dispostas na Lei Anticorrupção, cujo conteúdo encontra-se nos artigos 8º a 15 da Lei. O Subcapítulo 2.5 Acordo de Leniência traz as normas do Acordo de Leniência, dispostas nos artigos 16 e 17 da Lei; e nesse subcapítulo vamos comparar o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção com institutos similares na Lei de Defesa da Concorrência brasileira e do sistema normativo Norte Americano. No Subcapítulo 2.6 Responsabilização Judicial, cuja matéria encontra-se disposta nos artigos 18 a 21 da Lei nº 12.846/2013, abordo os procedimentos, competências e sanções da responsabilização judicial daqueles que infringiram à Lei Anticorrupção e à ela estão sujeitas. E por fim, no Subcapítulo 2.7 Disposições Finais, abordo diversos temas, como a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP; prescrição; representação das pessoas jurídicas infratoras; compatibilidades da Lei Anticorrupção com outras normas; e o prazo para entrada em vigor da Lei 12.846/2013, tudo disposto nos artigos 22 a 31 da Lei nº 12.846/2013.

No Capítulo 3 PROGRAMA DE *COMPLIANCE* vou tratar desse instituto que no Brasil ainda é uma novidade; e foi disposto no inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção. E por ser inovador para a grande maioria das pessoas jurídicas brasileiras, vou dissecá-lo sempre com a ajuda de doutrinadores estrangeiros e normas alienígenas, principalmente Norte Americana e Inglesa, bem como de orientação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, uma Organização Internacional.

Então concluirei o trabalho e trarei importantes considerações sobre a corrupção, a sociedade, as normas, os problemas da relação dessas três “figuras”, e a solução para todo esse imbróglio.

## 1 HISTÓRICO DA CORRUPÇÃO<sup>1</sup>

Antes da análise mais aprofundada da Lei nº 12.846/2013, este estudo traz importantes dados sobre a história da corrupção; e faz uma breve síntese histórica do tema que originou o “apelido” Lei Anticorrupção.

Ainda na Bíblia, fonte de relato do início de todas as coisas – para aqueles que acreditam na Bíblia como a verdade absoluta – em Gênesis 3, é narrado o momento em que Adão e Eva se corrompem; e em Gênesis 4, é narrado o primeiro homicídio, quando Caim matou Abel (a Bíblia é “recheada” de descrições relacionadas a corrupção do homem).<sup>2</sup>

Dando um grande salto, e observando o período colonial brasileiro, encontramos: 1) grande confusão entre o público e o privado; 2) administração pública com dificuldades de comunicação dentro do vasto território brasileiro e com a Corte Portuguesa; 3) fiscalização quase inexistente; 4) falta de vínculo dos governantes com a vida na colônia, onde os funcionários da administração colonial, da fazenda pública e da Justiça ganhavam mal, viam sua estada no Brasil como uma oportunidade de promoção na carreira pública, portanto queriam voltar logo, não se interessando pelo povo, cobravam dos interessados para fazer o que eram deveres legais, deixar de fazê-los, ou até mesmo retorcer o que era devido ou não em benefício de quem lhes pagava, se dedicavam mais a outras coisas que às suas obrigações, com o intuito de enriquecer e voltar para Portugal para aproveitar uma boa vida; 5) as relações do público com o privado eram baseadas em relações pessoais, afetivas, em interesses privados, era a supremacia do interesse privado sobre o público, onde o merecimento, a profissionalização, a especialização, a tecnicidade eram desconsideradas, houve período em que a Coroa Portuguesa até vendia os cargos públicos; a falta de escolaridade (as escolas eram poucas e concentradas nas maiores cidades, e o ensino superior apenas em Coimbra, Portugal) sequer oportunizava ao colonizados perceber o que ocorria, ou discernir como condutas erradas; 6) uma legislação que, para atos de corrupção, previa o

---

<sup>1</sup> “**Corrupção**. [Do lat. *Corruptione*.] S.f. **1.** Ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. **2.** Devassidão, depravação, perversão. **3.** Suborno, peita. [Var.: corrução; sin.ger.: corrompimento.]” – FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 486.

<sup>2</sup> BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada, 2ª. ed. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006. p. 21-24.

banimento para a África por cinco anos, para condutas mais graves a pena era ser banido para o Brasil, para sempre, e por último a morte<sup>3,4</sup>.

Partindo para um contexto político, social e jurídico da história mais recente, é primordial lembrar porque os Estados Democráticos de Direito e suas Constituições têm em suas bases a Separação de Poderes; as garantias aos direitos fundamentais da pessoa humana; e a preservação do próprio Estado Democrático de Direito. A resposta encontra-se nos excessos dos governos anteriores, cujos interesses dos que detinham o poder eram sobrepostos aos dos governados, quando e como eles quisessem, sem respeitar nada e ninguém. Desse modo, o Direito Administrativo, como bem proposto por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, é formado como “representação antiautoritária do liberalismo em face do absolutismo”.<sup>5</sup> Ou seja, o Direito Administrativo foi criado para limitar a atuação do Estado, principalmente para evitar a corrupção.

No entanto, “evitar deslizes éticos não é simples”<sup>6</sup>. Mesmo no Estado Democrático de Direito, tem-se latente corrupção, a exemplo dos casos popularmente conhecidos por meio de expressões: como “Operação Anaconda”, “Operação Vampiro”, “Guerrilha do Araguaia”, “Operação dos Bingos”, “Satiagraha”; escândalos como o do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (final dos anos 90), do Banco Marka ou o do Banestado, ou os que comumente envolvem os aviões

---

<sup>3</sup> Como se na época, pior que vir para o Brasil fosse apenas morrer, é triste pensar as características morais daqueles enviados ao Brasil, mas graças à Deus nos tornamos um povo abençoado, e temos buscado não sermos influenciados por antecessores que estão em um passado tão longe, mas sim em bons exemplos. O Brasil precisa parar de justificar suas falhas nas suas origens, mas se arrepender dos seus erros e ter uma atitude diária de se dispor em cortar na própria carne seus interesses pessoais em prol de uma mudança significativa para tornar nossa nação mais justa e igualitária.

<sup>4</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na História do Brasil: Reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 1-18. Esse mesmo autor, na mesma referência acima exposta, expõe que assim como no Brasil colônia, o problema da República Federativa do Brasil não se encontra tanto nas instituições políticas e administrativas, ou nas normas (sejam em quantidade ou em mais rigor apenas formal), mas, mais na efetividade, na prevenção e na punição, e ainda mais no aumento do ensino e da conscientização do povo, para uma mudança de cultura (de mentalidade); do contrário, o resultado será a continuidade do fracasso que se vê desde o período colonial.

<sup>5</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO; Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 46.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 115.

da FAB; e mais recentemente “Caixa de Pandora”, “Mensalão”, “Cachoeira”, “Petrolão”, “Lava Jato”, entre outros<sup>7</sup>. Hoje a sociedade percebe a corrupção entranhada em todos os Poderes; e o “fruto” dessa corrupção levou os brasileiros às ruas em 2013, fato que foi notícia em todo o mundo, por semanas. E isso, segundo entendem alguns juristas, foi a demonstração do descontentamento da população, gerado pelo sentimento de desamparo, e um dos motivos que impulsionou a aprovação da Lei em Análise.<sup>8,9,10</sup>

Dito isso, é preciso ainda tomar cuidado para que a normatização e a busca por combater a corrupção não acabe sendo um “tiro no pé”, assim gostaria de transcrever abaixo trecho de Melillo Dinis do Nascimento, que é autoexplicativo e que no decorrer da análise da Lei nº 12.846/2013 poderemos perceber ocorrendo vários dos conflitos e ambiguidades por ele tratadas, *in verbis*:

Diante das idiossincrasias do poder, especialmente na experiência brasileira, tem-se que muitas circunstâncias são ambíguas: de um lado (i) incentivam o descumprimento da norma e doutro (ii) criam ou aumentam os casos de falta de defesa pelos administrados, sejam pessoas físicas ou jurídicas. Por exemplo:

---

<sup>7</sup> Em janeiro de 2014 haviam cerca de seis bilhões de reais bloqueados no exterior a pedido do Ministério Público Federal, recursos públicos desviados, provenientes de corrupção. VASCONCELOS, Frederico. *PGR cria unidade para repatriar dólares bloqueados de atividades criminosas*. Folha de São Paulo, São Paulo, 3 jan. 2014. <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/01/1392636-pgr-cria-unidade-para-repatriar-dolares-bloqueados-de-atividades-criminosas.shtml>>. Acesso em: 19 de novembro de 2014. 15:41. Esses seis bilhões de reais correspondem a vinte por cento dos valores empregados com o Bolsa Família do Governo Federal em 2013, conforme disposto em: NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 70.

<sup>8</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 12.

<sup>9</sup> Renato de Oliveira Capanema entende que a Lei Anticorrupção que dispõe acerca da responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, embora tenha tido sua aprovação impulsionada pelas manifestações, não trata-se de uma norma qualquer, criada para punir ou onerar as pessoas jurídicas, ou que tenha sido elaborada às pressas para atender a vontade da massa; ele entende ser um marco jurídico que veio para preencher uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, ausente de legislação específica para punir as pessoas jurídicas – e o autor frisa “não as pessoas físicas” – por atos ilícitos como o suborno, para utilizar do mesmo exemplo dele. CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13.

<sup>10</sup> A corrupção não é um problema exclusivo do Brasil, mas um fenômeno mundial que prejudica o desenvolvimento e afeta a todos, cujo combate tem sido buscado por diversos países e inúmeras organizações internacionais. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 60-63.

- a) as normas são de validade duvidosa, obscuras e com muitos poderes conferidos aos aplicadores;
- b) o custo do cumprimento das normas é tamanho que põe em risco a continuidade da conduta privado ou mesmo a impede;
- c) há uma lassidão no controle do cumprimento da norma e aumenta muito a improbabilidade da detecção do descumprimento;
- d) as autoridades “selecionam” aqueles que serão controlados, nem sempre adotando critérios políticos neutros e transparentes;
- e) as vantagens de descumprir as normas, frente aos castigos e punições previstos são superiores e justificam o risco de “ser pego”.

Há outras práticas e atitudes perniciosas nessa quadra do problema do direito frente à corrupção. Aqui, ainda estamos no campo do poder a partir da leitura do Estado por parte dos cidadãos: (i) há muita insegurança jurídica por parte dos administrados, o que aumenta o caldo de cultivo da corrupção; (ii): os órgãos administrativos são muitos e agem de forma descoordenada; e (iii) apenas poucos administrados (geralmente grandes empresas) conseguem acompanhar as muitas normas e suas subnormas, bem como os entendimentos decorrentes delas.

Muitas esferas do Estado, em todas as instâncias burocráticas, também provocam: (i) um desprezo pela lei, por conta de normas irrealistas ou excessivamente ambiciosas; (ii) muito poder discricionário; (iii) pouco juízo dos aplicadores das normas; e (iv) tempos distintos (rápido x demorado) na decisão administrativa, dentre outros aspectos. Tais problemas aumentam a corrupção ao invés de evitá-la.

[...]

Há, ainda, os temas inerentes à dimensão burocrática do Estado moderno, O crescimento do Estado gera um crescimento da burocracia. Na forma como se configurou o crescimento do Estado brasileiro, um projeto de controle corrupção será eficaz apenas em grande escala. Além dos custos e da dificuldade em acreditar em seu êxito completo, esse controle dará maior força ao problemático sistema de execução da atividade pública. Haverá, na mesma medida, um aumento de certas patologias: (i) tomada de decisões esdrúxulas e com destempero, (ii) falta de critérios objetivos na definição das decisões, bem como as prioridades que merecem decidir; (iii) excesso de centralização; (iv) baixa moralidade; (vii) dificuldade em torno de uma racionalidade mínima; (viii) distância do administrado; (ix) inabilidade de pensar soluções globais e flexíveis; etc.

Por fim, uma questão que considero crucial **quem controla os controladores?**<sup>11</sup>

Gostaria, ainda, de apresentar um quadro comparativo no tempo e no espaço, do Índice de Percepção da Corrupção<sup>12</sup> (CPI – *Corruption Perceptions Index*), anualmente publicado (desde 1995) pela *Transparency International* (Transparência Internacional – organização civil contra a corrupção no mundo), que por si só vai esclarecer a situação da corrupção no Brasil e nos dar um panorama global, para que possamos ver como os outros países, bem como as pessoas

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 94-95.

<sup>12</sup> <<http://www.transparency.org/research/cpi/overview>>. Acesso em 26 de dezembro de 2014. 11:47.

jurídicas estrangeiras, veem os níveis de corrupção nos países que pretendem manter relações econômicas, uma das variáveis analisadas antes de decidir onde realizar seus investimentos.

Ano	Nº de países	CPI, Brasil		CPI, Reino Unido		CPI, Estados Unidos	
		Pontuação	Rank mundial	Pontuação	Rank mundial	Pontuação	Rank mundial
2014	175	43	69 <sup>o1</sup>	78	14 <sup>o</sup>	74	17 <sup>o</sup>
2013	177	42	72 <sup>o</sup>	76	14 <sup>o</sup>	73	19 <sup>o</sup>
2012	176	43	69 <sup>o</sup>	74	17 <sup>o</sup>	73	19 <sup>o</sup>
2011	183	3,8	73 <sup>o</sup>	7,8	16 <sup>o</sup>	7,1	24 <sup>o</sup>
2010	178	3,7	69 <sup>o</sup>	7,6	20 <sup>o</sup>	7,1	22 <sup>o</sup>
2009	180	3,7	75 <sup>o</sup>	7,7	17 <sup>o</sup>	7,5	19 <sup>o</sup>
2008	180	3,5	80 <sup>o</sup>	7,7	16 <sup>o</sup>	7,3	18 <sup>o</sup>
2007	179	3,5	72 <sup>o</sup>	8,4	12 <sup>o</sup>	7,2	20 <sup>o</sup>

<sup>1</sup> Empatado com Bulgária, Grécia, Itália, Roménia, Senegal e Suazilândia; e considerado mais corrupto do que Kuwait, Cuba, Gana, Ruanda, Namíbia, Catar, Uruguai e Chile, por exemplo.

Desse modo, parece que se o Brasil quiser ser atrativo para os investidores, necessitará ser mais transparente e menos corrupto; e as pessoas jurídicas nacionais vão precisar se adaptar a essas mudanças, assim como as estrangeiras já têm se adaptado.

Assim, diante dos problemas da corrupção, e das possibilidades de aumento da corrupção, criada pelos instrumentos formulados para combatê-la, passa a introduzir a Lei nº12.846/2013, e ver naquilo que inova e é positivo, bem como no que é negativo, e naquilo que repete desnecessariamente o que já era norma no Brasil; e, posteriormente, uma análise mais aprofundada

### 1.1 Introdução à Lei nº 12.846/2013

Conforme acima informado, o Brasil encontrava-se em um vácuo normativo no que desrespeito à punição de pessoas jurídicas por atos de suborno. No entanto, o direito brasileiro já tinha instrumentos suficientes para o combate à corrupção.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, a Lei Anticorrupção é fruto de um movimento internacional mais preocupado com questões econômicas do que propriamente com a corrupção ou a moralidade, desencadeado por escândalos norte-americanos, especialmente Watergate; que a maior causa da pobreza, seja no Brasil ou no mundo, não é a corrupção, mas gestão e educação; e que o direito administrativo franco-italiano já tinha os institutos adequados e necessários para o combate à corrupção. Para maiores explicações ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei*

Segundo Renato de Oliveira Capanema<sup>14</sup>, dentre as normas de direito administrativo existiriam diversos atos normativos para responsabilizar pessoas jurídicas, principalmente quanto à infrações econômico financeiras, mas sem a essência jurídica de proteger a Administração, e mais uma vez ele traz à tona o exemplo do suborno de funcionários públicos nacionais, que não era previsto; no tocante à Lei nº 8.666/1993, ele considera que as sanções eram limitadas e as multas restritas ao valor do contrato; na responsabilização civil, ele frisa a obrigação da reparação do dano causado e destaca a Lei nº 8.429/1992 – que trata da responsabilidade dos agentes públicos por atos de improbidade –, mas que segundo o seu entendimento só alcança as pessoas jurídicas de forma reflexa e caso comprovado o envolvimento do agente público; e no âmbito criminal, ele dispõe como sendo a Lei nº 9.605/1998 a única que responsabiliza penalmente as pessoas jurídicas por crimes ambientais.

---

*Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-31. Melillo Dinis do Nascimento tem uma outra opinião, concorda que existem diversas normas para tratar da corrupção, que houve uma grande produção normativa nesse campo desde a Constituição de 1988, mas que isso não refletiu na diminuição das condutas corruptas; e, portanto, embora tenhamos boas leis, era necessária a criação da Lei Anticorrupção. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 89. Eu particularmente entendo que as leis têm seu caráter transformador, no entanto, acredito que o problema do Brasil não será solucionado com mais leis; nosso problema é estrutural e cultural. Estrutural porque é preciso reformar algumas questões básicas da nossa nação, por exemplo: o legislador tem que legislar mais e melhor, de forma técnica e racional, não apenas para agradar seu “curral” eleitoral (isso significa repensar os financiamentos eleitorais também) e o Executivo e o Judiciário precisam legislar menos; precisa fiscalização mais eficiente e eficaz; a sensação de impunidade precisa acabar (sejamos sinceros, não é só a sensação). E é cultural porque o brasileiro tem que mudar suas concepções, por exemplo: impressões particulares usando da impressora pública e levar a caneta do seu trabalho não diferem moralmente dos congressistas que andam com suas famílias em aviões da Força Aérea Brasileira ou que utilizam de carros oficiais e motoristas públicos para levar e buscar criança na escola, fazer compras etc.; a única diferença é que os “grandes” têm acesso a isso, e os “pequenos” apenas às impressoras e canetas. Assim, é preciso educação e conscientização da população também. O ideal é unir àquilo que Bobbio distingue, quer seja tornar compatível o governo de homens com o governo de leis, governantes bons e sábios governando em um ambiente de boas leis, mas isso é no mínimo raro, se não for utópico; conferir essa distinção em: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 165-185. Para finalizar esse ponto, Jaques Fernando Reolon faz uma análise, tomando por base decisões do Tribunal de Contas da União (órgão de Controle paradigma para os demais órgãos de controle), demonstrando que já são aplicadas sanções às pessoas jurídicas pela prática dos atos lesivos dispostos na Lei Anticorrupção. REOLON, Jaques Fernando. Sanções do Controle Externo. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 117-156.

<sup>14</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/3013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14-15.

É no cenário acima indicado que o Decreto nº 3.678/2000 promulga, em 30 de novembro de 2000, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, concluído em Paris no dia 17 de dezembro de 1997; o Decreto nº 4.410/2002 promulga, em 7 de outubro de 2002, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c"; e o Decreto nº 5.687/2006 promulga, em 31 de janeiro de 2006, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

Desse modo, muito antes das manifestações, o Brasil já sinalizava na direção de elaborar normas que melhor responsabilizasse administrativa, civil e criminalmente, pessoas físicas e jurídicas, mas principalmente as jurídicas, que quase não havia previsão para tanto. A República Federativa do Brasil vinha assumindo compromissos internacionais, com organizações internacionais e com diversos países para punir os responsáveis pelos atos corruptos, haja vista a globalização e a interdependência econômica terem aumentado a integração e os problemas entre os Estados e seus administrados (pessoas jurídicas negociando com outras de nacionalidade diversa e com outros Estados; e políticas públicas adotadas por um Estado impactando em outros).<sup>15</sup> No entanto, “a norma que tramitou por mais de quatro anos foi terminada às pressas e sancionada logo após o fervor das manifestações”<sup>16</sup>, o que no meu entender tem um lado positivo – a norma enfim concretizou-se – e um lado negativo – a análise detida da sua real necessidade ou de apenas mudanças tópicas em legislações existentes, assim como dos defeitos da própria Lei, não ocorreu.

---

<sup>15</sup> Para saber mais sobre os efeitos da globalização e da corrupção, bem como seus reflexos no Brasil, conferir: PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 21-42.

<sup>16</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 31.



A Lei nº 12.846/2013 não é a única norma elaborada após à assinatura dos acordos internacionais que visa cumprir o acordado, à exemplo da Lei nº 1.467/2002, que incluiu os artigos 337-B, 337-C e 337-D no Código Penal brasileiro, mas atentando para o foco deste estudo, foi diante dessas tratativas que o legislador brasileiro, no artigo 5º da lei, foi além do disposto nas convenções, e da previsão do suborno internacional, e dispôs sobre o suborno nacional e sobre outros diversos atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira.<sup>17</sup>

No entanto, a Lei Anticorrupção responsabiliza as pessoas jurídicas apenas nas searas administrativa e civil, o que dividiu alguns doutrinadores. Renato de Oliveira Capanema<sup>18</sup> defende o princípio da subsidiariedade do Direito Penal, devendo este ser utilizado apenas quando todos os outros institutos legais pensados para a defesa dos bens jurídicos não tiverem sido suficientes para tanto; ele ainda segue defendendo que devido à polêmica jurídico-doutrinária acerca da responsabilização penal de pessoas jurídicas, fez bem o legislador em não fazer a opção pela responsabilidade criminal, evitando, assim, estender os debates ou até mesmo inviabilizar a aprovação da norma; e finaliza dispondo sobre a evolução dos procedimentos administrativos sancionadores brasileiros e que a responsabilização civil e administrativa alcança todas as medidas sancionadoras penais, exceto a de restrição da liberdade, sendo ainda mais céleres que os procedimentos penais, o que poderia acarretar na perda da efetividade das sanções. Não obstante esse caráter subsidiário, e a gravidade das sanções civis e administrativas dispostas pela Lei Anticorrupção, existem autores defendendo que a lei deveria “também ter avançado na sistematização da responsabilidade penal”<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/3013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 14-15.

<sup>18</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/3013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 16.

<sup>19</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34.

## 2 ANÁLISE DA LEI Nº 12.846/2013

### 2.1 Responsabilidade<sup>20</sup>

O artigo 1º<sup>21</sup> dispõe acerca da **responsabilidade objetiva**<sup>22,23,24</sup>, nas esferas civil e administrativa, das pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a

---

<sup>20</sup> Mais uma lei foi criada no Brasil, mas falta uma fonte de onde emane a responsabilidade espalhada por diversos diplomas legais, que dê uma regra geral sobre questões formais de apuração, julgamento, processo administrativo (prova, prazo, contraditório, ampla defesa), direitos e responsabilidades de quem investiga, apura ou julga, que informe o alcance da responsabilidade das pessoas jurídicas. Hoje, a depender do caso concreto, seja o aplicador, seja o investigado, fica perdido em meio à tanta norma, sem saber qual se aplica para aquele caso, quem investiga, como será o processo administrativo. Nas palavras dos autores a seguir indicados, “a sociedade está sendo onerada com sobreposição de competências, de funções, de leis”, estamos todos cansados da ineficiência do Estado, para saber mais sobre esse entendimento ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32-33.

<sup>21</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

<sup>22</sup> Renato de Oliveira Capanema defende ser a responsabilidade objetiva o coração da Lei nº 12.846/2013, mas lembra não ser novidade, explicitando as previsões no ordenamento jurídico brasileiro da responsabilidade objetiva do Estado – Teoria do Risco Administrativo; e no campo do direito privado o Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro. No entanto ele traz à tona a ousadia da norma, quando ela se difere das demais, que sustentam sua responsabilidade objetiva no risco inerente à atividade praticada, ou no seu potencial, enquanto a Lei Anticorrupção traz a responsabilidade objetiva em outro sentido, na indução de mudança de comportamento, e com vistas à coibir a corrupção. (CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19.

<sup>23</sup> A responsabilidade objetiva, fundada no risco administrativo, “exigirá uma mudança da cultura das pessoas jurídicas, paralela a que ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor”. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 112.

<sup>24</sup> Sem esquecer dos benefícios da nova Lei, confronta-se seus riscos. À época da aprovação da Lei Anticorrupção, encontrava-se na boca do povo o escândalo do “mensalão”, cujo Presidente antecessor foi poupado de processo judicial e alegava sequer ter conhecimento que seus homens de confiança no Poder praticavam aquelas irregularidades; desse modo, as pessoas jurídicas, seus sócios, administradores e dirigentes muitas vezes estarão representados por outras pessoas quando se relacionarem com o Estado, e eles, agindo em nome de outrem, agirão em desconformidade com o que foi ordenado a fazer, prejudicando a pessoa jurídica diretamente, e seus sócios, administradores e dirigentes indiretamente, inclusive porque pode uma empresa vir a falir com as sanções que lhe são objetivamente impostas em caso de comprovado o nexos causal entre o dano e o ato; assim, é preciso muita cautela e sabedoria na aplicação da Lei, até porque a História nos mostra onde se pode chegar diante de excessos, abusos e arbitrariedades. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa entendem que a Lei nº 12.846/2013 fere os incisos XLV e XLVI do artigo 5º da Constituição, quer sejam os direitos fundamentais que versam sobre a individualização da pena e sobre a responsabilidade objetiva que no caso ultrapassa a pessoa do condenado, admitindo-se sustentar a constitucionalidade com muito esforço dialético e hermenêutico; e lembra aos administradores que só devem aplicar as Leis caso estejam em conformidade com os direitos fundamentais e que em algum momento o Supremo Tribunal Federal analisará os casos polêmicos da Lei e decidirá pela inconstitucionalidade de determinados dispositivos polêmicos ou confirmará sua constitucionalidade. Para saber mais sobre essas posições, ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e

Administração Pública nacional ou estrangeira; e em seu parágrafo único<sup>25</sup> dá-se a amplitude dessas pessoas jurídicas<sup>26</sup>.

Portanto, não há que se falar em culpa para que a pessoa jurídica seja responsabilizada civil e administrativamente; e para sua responsabilização é **necessária apenas a comprovação da prática do ato lesivo à administração.**

O *caput* do artigo 3º<sup>27</sup> dispõe que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural<sup>28</sup>, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito; o § 1º deste artigo dispõe que “a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput* do artigo<sup>29</sup>; e o § 2º traz que “os dirigentes

civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 36 e 50-56.

<sup>25</sup> Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

<sup>26</sup> Para Jorge Ulysses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, essas pessoas jurídicas podem ser sociedades irregulares, citam o exemplo daquelas constituídas apenas de fato, mesmo que temporariamente; e que não podem ser aplicadas por analogia às organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada, e lembram que tais pessoas jurídicas mantêm relações com a Administração, e podem se envolver em ilícitos, tendo sido uma omissão equivocada do legislador, para mais esclarecimentos sobre este posicionamento ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 36. No entanto, acredito que esse entendimento não deverá prosperar, primeiro porque parece claro qual tenha sido a vontade do legislador, quer seja a de prevenir e extirpar a corrupção seja qual for a forma da pessoa jurídica, segundo porque as organizações religiosas e os partidos políticos não deixam de ser uma associação ou organização de pessoas, constituídas como pessoas jurídicas, e terceiro porque as formas das pessoas jurídicas hoje já não são como no passado, estando a todo momento surgindo novas formas, à exemplo da sociedade limitada unipessoal para pessoa física ou jurídica, que encontra-se em discussão na Câmara dos Deputados, no Projeto de Lei nº 6.698/2013, ver em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599528>>. Acesso em 21 de janeiro de 2015. 20:26. Em semelhante sentido encontra-se Melillo Dinis do Nascimento, que entende ter a Lei Anticorrupção uma listagem aberta, o que inclui as organizações religiosas e os partidos políticos. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 98.

<sup>27</sup> Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

<sup>28</sup> Embora a lei tenha dito apenas pessoa natural, entendo, por óbvio, que o mesmo se dê com outras pessoas jurídicas coautoras ou partícipes.

<sup>29</sup> Para Renato de Oliveira Capanema, mesmo na impossibilidade de identificação das pessoas físicas envolvidas, será responsabilizada a pessoa jurídica, posição que também defendo.

ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade”.

Desse modo, as penalidades da Lei Anticorrupção podem recair, ao mesmo tempo sobre a pessoa jurídica e as figuras<sup>30</sup> que tenham participado do ato lesivo<sup>31</sup>; e as pessoas jurídicas podem ser condenadas ainda que as figuras sejam “absolvidas”.

O artigo 4º<sup>32</sup> dispõe que mesmo havendo alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, a pessoa jurídica continua passível de responsabilização; mas para evitar injustiças<sup>33</sup>, os seus dois parágrafos<sup>34</sup> disciplinam melhor o tema, e são autoexplicativos. Em caso de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora está restrita ao pagamento da multa e da reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferidos, portanto, as demais sanções previstas na Lei Anticorrupção não alcançam a

(CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 20).

<sup>30</sup> Uso o termo figura porque acredito que o rol exposto na Lei é apenas exemplificativo, podendo alcançar subsidiárias, parceiros etc.

<sup>31</sup> Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, a Lei Anticorrupção foi omissa quanto à responsabilidade de pessoas naturais outras que não os administradores e dirigentes que tenham participado direta ou indiretamente do ilícito; mas eles entendem que mesmo diante da omissão, devem incidir sobre elas as mesmas normas quanto à responsabilidade objetiva, para conhecer mais desse entendimento ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34. Entendo que o *caput* do artigo 3º não é omissivo, ao contrário, é claro ao incluir qualquer pessoa natural que tenha participado do ato.

<sup>32</sup> Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

<sup>33</sup> Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, o disposto nessa norma, em alguns casos, pode responsabilizar objetivamente pessoas jurídicas terceiras que embora estivessem na relação jurídica com a ofensora, não tinham relação com o ilícito, ver em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 38-39.

<sup>34</sup> § 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. § 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

sucessora se os fatos ocorreram antes da data da fusão ou incorporação, exceto se ela participou dos atos, ou a fusão ou incorporação for uma simulação ou fraude para “fugir” da responsabilidade, mas a lei exige que a simulação ou a fraude sejam devidamente comprovadas. As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas, serão solidariamente responsáveis ao pagamento da multa e à reparação integral do dano causado; e aqui nada se fala acerca de comprovação, parecendo ser objetiva a responsabilidade, o que pode acarretar injustiças, haja vista a dificuldade dessas empresas fiscalizarem as outras; assim, acredito que deveria ter a ressalva do parágrafo anterior, exigindo-se a devida comprovação de culpa, mesmo que por omissão.<sup>35</sup>

Acredito que mais uma vez o rol é exemplificativo, que todo tipo de organização que a iniciativa privada pensar em se organizar será obrigada à reparação integral do dano causado e ao pagamento da multa mesmo que comprove não ter culpa. Desse modo, é muito importante ter certeza de quem trabalha “na” e “para” sua pessoa jurídica.<sup>36</sup>

Conforme exposto, essa Lei perdeu a oportunidade de fazer grandes melhorias no sistema jurídico, acabando por copiar muita coisa já existente, não que não seja boa e útil, mas serviu muito mais para silenciar as massas do que para fechar as brechas por onde os corruptores e corrompidos escapam. Assim, outro

---

<sup>35</sup> A lei não é clara quanto à responsabilidade de outras “figuras” de parceria comercial que não sejam as dispostas nos artigos 3º e 4º, mas acredito que será aplicada a objetiva, restringindo-se à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, de forma solidária, quando esse parceiro tiver se beneficiado do ato lesivo, mas não tiver dele participado; e sem restrições quando tiver participado.

<sup>36</sup> A Lei é nova, mas pela exposição de motivos do projeto de lei que culminou para a Lei Anticorrupção, nas palavras do Relator, o Deputado Federal Carlos Zarattini, em seu parecer, está clara a vontade do legislador: acabar com a corrupção, primeiro porque o Brasil assinou acordos internacionais, e segundo porque a economia brasileira precisa de um país livre de corrupção para atrair mais negócios internacionais. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2015. 21:40. Portanto, qualquer vínculo com corruptores e corruptíveis pode ser um motivo para a Administração tentar responsabilizar outrem. Pensei em um exemplo absurdo, mas que pode acontecer. A Administração publica edital para contratação de uniformes, uma pessoa jurídica “A” produz uniforme, é séria, todos os seus funcionários são sérios. Mas o seu parceiro “B” que lhe fornece os fios dos tecidos não é. “B” sabendo que “A” vai comprar os fios dele se ganhar a licitação, corrompe o administrador para que “A” ganhe a licitação, sem “A” saber de nada. Hoje posso afirmar com toda certeza, “A” no mínimo terá que constituir um advogado para se defender, porque a Administração Pública vai incluir “A” como culpado, e contrariando o princípio da inocência, caberá à empresa inocente provar o contrário.

ponto esquecido, foi o de que muitas vezes é o agente público o ofensor, e a pessoa jurídica ou natural é a vítima, tornando muito pesado o fardo da legitimidade e legalidade dos atos da Administração<sup>37</sup>; ora, o crescimento econômico é um fruto cujo mérito do administrado é muito significativo, portanto, é preciso proteger a iniciativa privada quando for vítima e punir o agente público quando for o corruptor, algo que o legislador não se atentou, ou se atentou mas não quis “dar vida” na nova Lei, porque o sentimento da sociedade no cenário atual é que à administração e aos agentes públicos os favores da lei, aos inimigos o rigor da lei, o que tem muitas vezes colocado à sociedade refém de maus agentes revestidos de grandes poderes.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Em sentido semelhante é o defendido por Melillo Dinis do Nascimento: “Aqui se coloca questão grave, numa visão mais ampla do fenômeno jurídico da corrupção, acerca da responsabilidade das pessoas envolvidas uma relação ou numa “operação” que possa ser considerada corrupta. Um polo do fenômeno (o corruptor) estará submetido a esta forma de responsabilização: objetiva, que recai diretamente sobre seu patrimônio. Outro polo, corrompido(s) e provavelmente tão envolvido(s) quanto o primeiro na mesma relação, estará(ão) ainda sob o campo da responsabilidade subjetiva, eis que esta impera exclusivamente na legislação que cuida da moralidade, da probidade e da ética dos agentes públicos.

Saiu-se de uma situação (anterior à Lei Anticorrupção) em que sequer as pessoas jurídicas eram responsabilizadas, para outro extremo, em que a responsabilidade é objetiva, o que talvez não tenha sido a melhor solução. Em situações em que há uma desproporcionalidade na responsabilização, tenho sempre a opinião de que há riscos de se cometer “injustiças”. Sem contar os riscos de uma solução heterodoxa para evitar o controle da corrupção: mais corrupção! Deveria impetrar nesse caso [...] a responsabilidade subjetiva, pois serão comprometidos [...] a própria existência, em muitos casos, das pessoas jurídicas. No mínimo, para equilibrar a balança, a responsabilidade objetiva deveria ser aplicada também aos agentes públicos [...] com sanções no mesmo nível. Não sei se punições extremas servem para modificar processos sociais.

Por conta dessas questões, penso que a dimensão da responsabilidade deverá ser compreendida de forma mitigada [...].”NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 112-113. Eu ainda faço uma ressalva ao exposto por Melillo, é que ele colocou a Pessoa Jurídica como corruptor, e o agente público como o corrompido, quando muitas vezes é o agente público quem corrompe a pessoa jurídica. A exemplo disso temos como notório em Brasília e entorno, que nessas localidades licenças para construção e alvarás de funcionamento muitas vezes demoram mais que o normal, e quando o interessado vai à Administração se depara com propostas indecorosas, ou seja, a corrupção ali é sistêmica.

<sup>38</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.

## 2.2 Atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira<sup>39</sup>

Os incisos, alíneas e parágrafos do artigo 5º<sup>40</sup> disciplinam e conceituam os atos e os agentes, definindo taxativamente os atos lesivos. É importante destacar que, *a priori*, para o ato ser lesivo é preciso estar disposto nos incisos e alíneas do artigo 5º e ter sido cometido pelos agentes dispostos no parágrafo único do artigo 1º, o que dá margem para a discussão: se a conduta não for nenhuma daquelas dispostas e o sujeito que praticou o ato não for um daqueles agentes, mas restar comprovado o prejuízo da administração, jamais poderá o fato se subsumir à norma em análise? Acredito que em vista da exposição de motivos do projeto de lei que

---

<sup>39</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, quando comentam o artigo 5º da Lei, confirmam o entendimento acerca da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da maioria das normas estabelecidas pela nova Lei; da possibilidade do conflito na aplicação das variadas normas legais; e que mesmo nos casos em que teria uma certa inovação, a legislação brasileira já era suficiente para combater a corrupção e as irregularidades, bastando a evolução dos intérpretes e aplicadores, ver mais em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 39-42.

<sup>40</sup> Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais. § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

culminou para a Lei Anticorrupção<sup>41</sup>, a aplicação administrativa será a de que é ato lesivo, independente de quem seja o agente e que o rol de atos lesivos é exemplificativo, assim como poderão existir casos cujo Judiciário confirmará o entendimento administrativo, o que alguns considerarão a um momento de moralização no Brasil enquanto outros, flagrante ilegalidade.

Se não fosse a severidade da responsabilidade objetiva e a grande insegurança jurídica criada pela sua conjugação com a interpretação ampliativa acima exposta, eu a defenderia para um momento histórico de moralização<sup>42</sup>; no entanto, minha opinião, hoje, é contrária<sup>43</sup>.

Antes de detalhar os atos lesivos, cumpre esclarecer que nos incisos II e III encontra-se a previsão da necessidade do ato ser “comprovado”. Acredito que era desnecessária a presença da palavra “comprovadamente”, isto porque para toda a Lei, assim como tudo no direito, é preciso um mínimo de indícios, verossimilhança das alegações, provas. Logo, não significa dizer que apenas esses incisos precisam ser comprovados e os demais não precisam, em todos os casos há a necessidade de comprovação donexo causal entre a conduta, seja por ação ou omissão, mesmo que representados por terceiros; e, por óbvio, a lesão.

No inciso I caberá ao intérprete da Lei, ou quando ela for regulamentada<sup>44</sup>, definir os limites do que seja “indiretamente” e “terceira pessoa a ele relacionada”<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015. 20:54.

<sup>42</sup> Opinião pautada na reflexão feita por Beccaria: “que o rigor das penas deve estar em relação com o estado atual do país. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito rude de um povo que abandona o estado selvagem. Para dominar o leão em fúria é preciso o raio, cujo ruído apenas faz irritá-lo, Contudo, à medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser menos rigorosas”. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*; tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 51.

<sup>43</sup> Minha posição é contrária porque faço parte de uma geração (nasci em 1985), que cresceu sem referencial de uma política séria, que não acredita, que vota por obrigação, que não sabe distinguir política de “politicagem”, porque política nunca viu. Assim, embora acredite em teorias que defendam existir uma única decisão correta para cada caso concreto, da necessidade da adequação da norma, e que o intérprete e julgador devem fazer justiça, tenho dificuldade de acreditar que isso seja possível, porque vejo legisladores, intérpretes, julgadores e uma sociedade que não buscam mais a justiça, que se esqueceram dos valores morais e éticos que estão postos desde a criação do mundo, que não pensam mais em pessoas, mas em bens, objetos, números, cifras, poder e fama, que não pensam mais no todo, mas apenas em si.

<sup>44</sup> Até dia 21 de fevereiro de 2015, às 11h, não havia regulamento publicado.

<sup>45</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, também entendem que faltou à Lei limitar essa relação (contratual, comercial ou consanguínea) entre o agente público e uma terceira



Quanto à vantagem indevida, parece claro, mas também existirão muitas situações em uma zona cinzenta, onde não há certeza, onde as opiniões divergirão acerca da subsunção da vantagem<sup>46</sup> como indevida.

O inciso II dispõe como ato lesivo “financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei”; e aqui mais uma vez fica muito “largo” o que seja “subvencionar”, o que caberá ao intérprete da norma, ou quando ela for regulamentada<sup>47</sup>, definir os limites do que seja a subvenção para a norma.<sup>48</sup> Enquanto isso, alertamos que o simples fato de você apresentar as partes pode vir a ser considerado como “subvencionar”; e mais uma vez dispomos que no mínimo será necessário o gasto com advogados para se defender. Portanto, esse é um momento que deve se ter muito cuidado com quem se faz parceria, quem ajuda e quem é ajudado.<sup>49</sup>

O inciso III considera ato lesivo utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Aqui encontra-se claro, não necessitando de maiores explicações, exceto a lembrança de que “confusões” patrimoniais ou

---

peessoa, causando, assim, a insegurança jurídica na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas; e ainda cria uma brecha para prejudicar quem contrariar interesses governamentais, ver mais em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 41-42. Algo que eles não disseram, mas é importante lembrar, vivemos em uma sociedade onde a informática ligou todos em uma rede, ou seja, hoje muitas pessoas se relacionam com muitas pessoas, no mundo inteiro, em todo momento, em qualquer lugar; portanto, é preciso delimitar essa relação; do contrário, ninguém pode prometer, oferecer ou dar mais nada para ninguém, para se resguardar; ou muitos serão inocentemente culpados.

<sup>46</sup> É importante destacar que o direito nacional não considera ilícita a vantagem, ela é parte nas relações, pode ser recíproca ou não. O que o ordenamento jurídico brasileiro considera ilícito é a vantagem excessiva, abusiva ou indevida.

<sup>47</sup> Até dia 21 de fevereiro de 2015, às 11h, não havia regulamento publicado.

<sup>48</sup> Via de regra subvencionar significa “conceder subvenção a”, e subvenção é “auxílio pecuniário, por via de regra concedido pelos poderes públicos”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.623.

<sup>49</sup> O artigo 91 da Lei nº 8.666/93 dispõe como crime “patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”. Desse modo, o inciso II vem como que para ampliar o sujeito ativo e o “objeto” do artigo 91 da Lei nº 8.666/93; e tornar possível a punição da conduta de financiar, custear patrocinar ou de qualquer outro modo subvencionar a prática de atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção; sem a necessidade de configurar prejuízo material à Administração, bastando ser prevista a conduta na Lei; não precisa dar causa à licitação ou à contratação; e muito menos é necessária decisão judicial que as invalide.

societárias, assim como parcerias muito intensas e próximas, podem levar a Administração a entender que haja interposição, ocultação ou dissimulação, motivo pelo qual mais uma vez insisto na “tecla” do cuidado com quem realizar negócios.

O inciso IV traz em suas alíneas o que configura ato lesivo no tocante a licitações e contratos, o que não significa que os demais incisos não sejam válidos para este tema.

A alínea “a” dispõe como ato lesivo frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público. Nessa alínea, inicialmente, não há “mistério”. Agora estamos diante de uma nova lei, com vistas ao endurecimento; e, principalmente após as manifestações do ano de 2013, a sociedade vai cobrar e vai ter intérprete da norma que vai “apertar” para querer “mostrar serviço”.<sup>50</sup> O artigo 90 da Lei nº 8.666/93<sup>51</sup>, Lei de Licitações e Contratos Administrativos tem uma redação parecida, a principal diferença é que na 8.666/93 é necessário o intuito de obter para si ou para outrem, vantagem, quando na Lei Anticorrupção basta que tenha ocorrido o ato lesivo, independente do intuito; mas o importante nessa comparação é trazer à tona o entendimento de Marçal Justen Filho<sup>52</sup> ao comentar o citado artigo 90, quando ele defende que para a configuração da frustração ou da fraude não é necessário o comprometimento total da eficácia da licitação, bastando que alguns aspectos da licitação sejam atingidos. Portanto, se a Lei Anticorrupção veio para obstaculizar ainda mais as “brechas” para a corrupção, não é preciso falar que esse mesmo entendimento será ainda mais fortalecido.

A alínea “b” encontra igual redação no artigo 93 da Lei nº 8.666/93, portanto, não deverão surgir novidades; exceto pela inovação trazida pela Lei Anticorrupção, quer seja a responsabilidade objetiva. Isso significa que antes era necessária a vontade livre e consciente de impedir, perturbar ou fraudar o procedimento licitatório,

---

<sup>50</sup> Nesse sentido, me pergunto, se for apresentada uma proposta inexecutável, não foi um ajuste, não foi uma combinação, sequer se quis prejudicar o procedimento, mas acabou por frustrar o caráter competitivo e não conseguiu cumprir a proposta; logo, seu ato poderá ser considerado como lesivo e o ofensor responsabilizado civil e administrativamente nos moldes previsto pela Lei Anticorrupção?

<sup>51</sup> “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p.1041.

independente de consegui-lo, e agora basta a conduta, independente da vontade de impedir, perturbar ou fraudar. Uma dúvida que ainda tenho é acerca da possibilidade de configuração do ato lesivo previsto nessa alínea sem que haja o *animus* de impedir ou perturbar, ou seja, ainda não visualizo um caso onde seja possível a ocorrência da responsabilização, para os fins da Lei Anticorrupção, sem que tenha ocorrido a vontade de impedir ou perturbar; diferente da fraude, que essa sim, fica fácil entender, porque está presente a vontade livre e consciente de cometer a fraude, sendo impossível, pelo próprio significado de fraude<sup>53</sup>, cometê-la sem ter essa vontade.

Na alínea “c” entendo que o texto foi mal formulado, porque no artigo 95 da Lei nº 8.666/93 há uma redação melhor para ele, quando o legislador, além da fraude e do oferecimento de vantagem de qualquer tipo, incluiu as expressões “por meio de violência” e “grave ameaça” e em seu parágrafo único dispôs que “incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão da vantagem oferecida”. Tenho esse entendimento porque por intermédio da redação da Lei Anticorrupção, fica ausente, na referida norma, podendo haver a punição por meio de outras normas, a previsão do ato lesivo quando o licitante é afastado ou tentam afastá-lo por meio de violência ou grave ameaça; e porque somente pune o corruptor, esquecendo-se do corrompido, que é aquele que desiste ou se abstém de licitar em razão da vantagem oferecida. Por óbvio que o licitante que se abstém ou desiste por causa de fraude, grave ameaça ou violência não deve ser punido, porque é uma vítima.

Passando para a alínea “d”, vemos que o legislador ainda considerou como ato lesivo “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”. Diferente do artigo 96 da Lei nº 8.666/93, que restringia muito as possibilidades, com o seu rol taxativo, na Lei Anticorrupção a escolha foi por ampliar, e em nosso entendimento essa

---

<sup>53</sup> Segundo o dicionário, fraudar significa cometer fraude contra; lesão por meio de fraude, defraudar; despojar fraudulentamente; espoliar com fraude; enganar, iludir; frustrar, desenganar; roubar por contrabando; e privar.<sup>53</sup> E fraude está descrito como abuso de confiança; ação praticada de má-fé; contrabando, clandestinidade; falsificação, adulteração.<sup>53</sup> Portanto, não parece ser possível existir fraude se não houver a intenção do agente em fraudar. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 810.

redação alcança inclusive a primeira figura do artigo 92 da Lei nº 8.666<sup>54</sup>. Desse modo, para a configuração do ato lesivo, basta a presença de comportamento ardil, com o propósito de enganar, de iludir, que leva a Administração ao equívoco de selecionar uma proposta crendo ser ela a mais vantajosa, quando não é.

Os incisos “e”<sup>55</sup> e “f” são um típico caso brasileiro de excesso de detalhamento normativo por receio de não alcançar o objetivo porque não está escrito, ou de ser mal interpretado porque não foi bem explicado. Acredito que a redação do inciso “d” engloba as dos outros dois incisos. De qualquer modo, cabe um comentário acerca do inciso “f”. Nele não era necessária a expressão “de modo fraudulento”, porque a obtenção de vantagem ou benefício indevido 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 ofende os princípios da isonomia, igualdade, impessoalidade, legalidade, moralidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, colocam em iminente risco o caráter competitivo, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Consoante ao inciso “g”, acredito cabível algumas considerações. Neste inciso é definido ato lesivo como “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública”. Nos comentários à alínea “b” do inciso IV do artigo 5º da Lei em análise já dei o significado de fraudar, assim, utilizando da explicação ali exposta, não parece ser possível existir fraude se não houver a intenção do agente em fraudar, esse é o primeiro ponto. Antes de

---

<sup>54</sup> “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 [...]”.

<sup>55</sup> Especificamente quanto à alínea “e”, o Tribunal de Contas da União já aplicava rotineiramente o instituto da desconsideração da pessoa jurídica quando a empresa licitante era constituída com nítido intuito de fraude, a diferença é novamente a inovação da responsabilidade objetiva, ver: Tribunal de Contas da União. Processo de Representação nº 003.533/2006-1. Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER. PLENÁRIO. Acórdão nº 928. Ata nº 19/2008. Sessão em 21.5.2008. Não é diferente a posição do Superior Tribunal de Justiça, ver: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.166/BA. Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/8/2003, publicado no DJ em 8/9/2003. Assim, resta claro que o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça já vinham aplicando a desconsideração da pessoa jurídica para efetivamente punir os ofensores e reaver os prejuízos, quando haviam indícios suficientes da criação da pessoa jurídica com o fim fraudatório.

prosseguir, vamos ver o que o mesmo dicionário dispõe sobre manipular: preparar com a mão; imprimir forma a alguma coisa com a mão; engendrar; forjar; maquinar; fazer funcionar; acionar etc.<sup>56</sup>

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro<sup>57</sup>, embora não esteja previsto de forma expressa, com essa terminologia, na Constituição Federal de 1988, não é um caso de Panprincipiologismo<sup>58</sup>. O equilíbrio econômico-financeiro se subdivide em equação econômica e financeira. A equação econômica corresponde ao lucro que o contratado auferir na relação com a Administração Pública; e a financeira é a gestão financeira do contratado, na forma e no tempo previstos no contrato.<sup>59</sup>

Portanto, o contrato administrativo deve respeitar a ordem jurídica brasileira e os termos do negócio jurídico realizado, sendo que o contratado ainda tem o direito de auferir lucro.

Feitas as explicações acima, parece não fazer sentido a utilização da expressão manipular, porque para que o equilíbrio econômico financeiro dos contratos seja mantido, diversas são as situações possíveis que acarretam na necessidade de manipulação.

Este é um dos poucos dispositivos em que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa<sup>60</sup> entendem ser inovador. Mas junto com o elogio

---

<sup>56</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.081.

<sup>57</sup> O equilíbrio econômico-financeiro é um princípio originário do direito francês; posteriormente reconhecido pela jurisprudência dos Estados Unidos; e no que tange aos direitos dos concessionários, implicitamente presente nas Constituições brasileiras de 1934 (artigo 137), 1937 (artigo 147) e 1946 (artigo 151), e explicitamente prevista na Constituição de 1967 (artigo 160) e na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969; e na Constituição Federal de 1988, a doutrina majoritária entende que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro encontra-se em seu artigo 37, inciso XXI, quando diz “mantidas as condições efetivas da proposta”; portanto, sua aplicação foi expandida a todos os contratos com a Administração Pública e não apenas às concessões. WALD, Arnoldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 21-22, nov. de 2008.

<sup>58</sup> Nomenclatura utilizada por Lenio Luiz Streck, por causa da banal e excessiva criação de princípios. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-541.

<sup>59</sup> WALD, Arnoldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 23, nov. de 2008.

<sup>60</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei*

eles tecem críticas muito importantes. Primeiro a grande amplitude da conduta lesiva; depois trazem à luz a realidade do administrador que erra nos projetos de obras (aqui podemos incluir, embora eles não citem, todos os processos de licitação, haja vista a necessidade de planejamento e pesquisa), será mais fácil assumir o erro da Administração e restabelecer o equilíbrio ou ameaçar o administrado com a abertura de procedimentos de investigação baseados na Lei Anticorrupção? Essa lei poderia gerar um temor ao ajuste dos contratos? Ou pior, mais uma ferramenta na mão do agente público de má-fé? E eles ainda trazem outra brasileira realidade, dramática e muito triste, quer seja a necessidade do gestor planejar anualmente um orçamento contingenciado e dotações sempre liberadas no final do ano.

O inciso V é um importante dispositivo, porque os agentes econômicos precisam ser parceiros, e se agem corretamente não têm porque dificultar a investigação e a fiscalização. No entanto surgem três questões. Primeiro a Administração Pública brasileira, na maioria dos seus setores ainda “engatinha” quando a questão é eficiência; desse modo, muitas vezes a fiscalização e a investigação atrapalham e incomodam, fazendo com que o fiscalizado ou investigado seja reativo aos agentes estatais. Segundo, os fiscais e investigadores têm uma mentalidade de que o investigado ou fiscalizado está cometendo alguma infração ou crime, e agem não como fiscais e investigadores, mas como juízes que já condenaram, estão apenas à procura de provas. E por último resta a dúvida do limite que seja dificultar, inclusive porque são diversos os direitos da pessoa jurídica em que se exercidos poderão dificultar a investigação ou fiscalização, no mesmo sentido é a crítica de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa<sup>61</sup>; e Melillo Dinis do Nascimento tem “a impressão de que a proposição é extremamente aberta, pois não deixará de permitir abusos e interpretações desarticuladas da realidade”<sup>62</sup>. Acredito ser mais uma disfunção da norma criada

---

*Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 41.

<sup>61</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 41.

<sup>62</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100.

para combater a corrupção, porque cria mais uma situação onde o administrador pode beneficiar ou prejudicar as pessoas jurídicas conforme seus interesses, assim, dispositivo hábil a criar mais corrupção ativa e passiva.

O § 1º define o que é considerado como administração pública estrangeira: “órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro”. Assim, posso ter por base o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93<sup>63</sup> para detalhar quem é a administração pública estrangeira.

Importante diferenciar, o dispositivo da Lei de Licitações dispõe “quem” se subordina àquela Lei, e o dispositivo em análise considera “quem” é administração pública estrangeira sujeita à atos lesivos – aqui cabe uma dúvida, a administração pública nacional ou estrangeira, em sentido *lato sensu*, pode ser tanto pessoa jurídica ativa como passiva do ato lesivo? Entendo que sim; mas para sua responsabilização, no caso das estrangeiras, só será possível mediante a existência de “sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente” conforme disciplinado no parágrafo único do artigo 1º da Lei Anticorrupção, isso por causa do princípio da soberania dos Estados; e ainda assim, respeitando as normas próprias de Direito Internacional brasileiras e dos países envolvidos, bem como de acordos, convenções, tratados ou outras formas de “ajuste” próprias do Direito Internacional<sup>64</sup>.

O § 2º traz ainda uma equiparação para o que seja administração pública estrangeira, incluindo neste conceito as organizações públicas internacionais<sup>65</sup>. E

---

<sup>63</sup> “Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Com relação ao parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93, ver Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p. 20-45.

<sup>64</sup> Por não ser o tema central deste trabalho não vamos entrar em maiores detalhes, mas é um campo vasto, rico e muito interessante. Indico a leitura de obras que tratem do tema, como os autores: Luiz Olavo Baptista, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Amílcar de Castro entre outros.

<sup>65</sup> Exemplos: ONU - Organização das Nações Unidas; UNESCO - Organização das Nações Unidas para educação, ciência e cultura; OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico; OMS - Organização Mundial da Saúde; OEA - Organização dos Estados Americanos; OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte; BIRD - Banco Internacional para Reconstrução e

finalizando o artigo 5º, o § 3º dispõe o que se considera por agente público estrangeiro para os fins da Lei Anticorrupção.

No Brasil, com o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 – lembrando das diferenças de utilidade dos dispositivos – já há muita divergência, doutrinária e jurisprudencial quanto à “quem” se subordina à Lei de Licitações. Agora o conteúdo disposto pelos parágrafos único do artigo 1º; e 1º, 2º e 3º do artigo 5º parece deixar margem para futuras grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais até que se alcance um padrão concreto, inclusive porque podem surgir outras formas de constituição com o passar do tempo; ainda mais no tocante às “figuras” estrangeiras.

### 2.3 Responsabilização Administrativa<sup>66</sup>

O *caput* do artigo 6º<sup>67</sup> dispõe acerca das sanções administrativas aplicáveis às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção. Embora o *caput* tenha usado o termo “pessoas jurídicas”, é preciso voltar ao parágrafo único do artigo 1º que é claro ao dispor que aplica-se à Lei Anticorrupção a quaisquer associações de pessoas.

O inciso I<sup>68</sup> dispõe acerca da multa, mas não traz critérios para aplicar a sua variação, que inclusive é muito grande, o que acarreta ao administrado uma insegurança jurídica, haja vista a alta probabilidade da sua má aplicação, seja de

Desenvolvimento; FMI - Fundo Monetário Internacional; OMC - Organização Mundial do Comércio; OIT - Organização Internacional do Trabalho

<sup>66</sup> A responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas é tratada em outras normas (Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica), tendo a Lei Anticorrupção, sem revogar ou modificar, apenas copiando o que já existia; e a Lei ao diferenciar a responsabilidade administrativa da judicial, abriu a possibilidade de dúvidas e conflitos aos aplicadores e aos intérpretes das normas; para saber mais sobre esses entendimentos ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 33 e 42.

<sup>67</sup> Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções.

<sup>68</sup> 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.



boa ou de má-fé dos aplicadores e intérpretes da norma; e ainda pode ser uma motivação para que o administrado não queira ser parceiro do Poder Público.<sup>69</sup>

Acredito não ter sido a melhor escolha a de considerar o faturamento bruto, excluídos os tributos<sup>70</sup>, para o cálculo do percentual da multa, porque dentro desse montante está presente uma parte de origem lícita e outra ilícita, quando a multa deveria recair apenas sobre o de origem ilícita<sup>71</sup>, muito menos do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo; isso porque existem pessoas jurídicas que antes de uma grande contratação com a administração pública, tinham faturamento muito baixo – isso inclusive acontece muito e principalmente em casos de corrupção, onde a pessoa jurídica passa a ter um faturamento alto após a contratação lesiva –; logo, se o processo for instaurado no ano da contratação, o exercício anterior terá um faturamento baixo.

Outro problema é que as pessoas jurídicas crescem e diminuem, e no âmbito das que prestam serviços à administração, muitas vezes acontece de em um ano contratar com a administração e ter um faturamento alto, e no outro isso não acontecer, assim seria injusto calcular sobre um ano que talvez seja atípico. Por isso, acredito que o ideal seria que o faturamento a ser escolhido fosse o do ano da contratação, ou melhor, o ano do pagamento do contrato ou da parcela em análise; porque desse modo se evita uma multa muito baixa e que não alcançaria a finalidade de evitar, punir e ensinar; ou uma multa muito alta aplicada a uma empresa que naquele momento encontra-se em dificuldades, podendo causar até

---

<sup>69</sup> Lembrando que todos os problemas apresentados neste trabalho provavelmente serão mais evidenciados nas prefeituras, que costumam ser pouco estruturadas e receber grandes quantidades de recursos federais.

<sup>70</sup> Melillo Dinis do Nascimento acredita que haverá muita confusão na aplicação da multa porque o aplicador deverá compreender bem os conceitos contábeis para saber determinar corretamente os valores cuja percentagem da multa deverá incidir. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100. Melillo Dinis do Nascimento tem razão, porque a norma diz que deve incidir sobre o faturamento bruto deduzido dos tributos, o que significa dizer que deverá incidir sobre o faturamento líquido, conferir essa distinção e outros conceitos sobre receitas e despesas em: FERRARI, Ed Luiz. *Contabilidade Geral*. 13ª ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 109-161.

<sup>71</sup> No mesmo sentido é o entendimento encontrado em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

sua falência.<sup>72</sup> No entanto, o próprio inciso traz uma solução que pode ser eficaz, quer seja a multa nunca ser inferior à vantagem auferida, quando for possível estima-la; a pergunta é: será que a Administração vai conseguir estimar a vantagem auferida, ou vai acabar vendo apenas a “ponta do iceberg”?

Outro ponto a se pensar, é que o artigo 25 da Lei Anticorrupção dispõe prescrever em 5 (cinco) anos as infrações da Lei em análise, “contados da data da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. Desse modo, no caso de infração permanente ou continuada, e o cessar tenha sido em ano posterior ao do primeiro recebimento, há um risco menor de ocorrência do disposto no parágrafo anterior, quer seja uma multa considerando faturamento bruto de ano anterior que possa ser baixo. Ainda é preciso pensar que em cinco anos, a pessoa jurídica pode passar tanto por melhorias quanto por crises; e no caso de uma crise, o ano anterior ao da instauração pode ter tido um baixo faturamento; mas mesmo nesse ponto a solução da multa não ser inferior à vantagem auferida parece ser eficaz – isso se a Administração conseguir auferir verdadeiramente o total da vantagem auferida.

Ao mesmo tempo que se busca punir, prevenir e ensinar, é preciso ser justo e respeitar a razoabilidade e a proporcionalidade. Portanto, no caso em que a pessoa jurídica, nos cinco anos que a Administração tem para instaurar o processo administrativo, tenha por ano anterior ao da instauração, um ano onde faturou muito mais do que no ano do ato lesivo, a “figura” será penalizada em valor muito acima do que seria no caso do ano da contratação, o que considero injusto, e ofensivo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ainda no intuito de perseguir a razoabilidade, quando o inciso I dispõe que a multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando essa for possível ser estimada, em um primeiro momento parece ser uma norma excelente, que busca punir, prevenir e restaurar o *status quo*. No entanto, uma análise mais apurada, não de dispositivos isolados, mas da norma que surge quando o referido inciso se comunica com o § 3º do mesmo artigo, que dispõe acerca da obrigação da

---

<sup>72</sup> Muitos podem defender que isso não importa, é corrupto e tem que ser punido, mas não podemos esquecer que aqui a responsabilidade é objetiva, logo, pode tratar-se de um caso onde a pessoa jurídica não tenha sido beneficiada pelo ato lesivo cometido por um de seus funcionários. E na dúvida, prefiro inocentar um culpado a condenar um inocente.

reparação integral do dano causado, em todas as hipóteses, independente da aplicação de outras sanções, percebo que a pessoa jurídica será condenada à reparação integral do dano – mais do que correto –; mais a multa que lhe será aplicada, seguindo os parâmetros do artigo 7º, que deverá ser maior do que a vantagem auferida. Inicialmente cabe a colocação de que vantagem auferida e dano são termos distintos; e que o dano nunca será menor do que a vantagem; porque a vantagem já é parte do dano; desse modo, o dano a ser reparado será composto pela vantagem, mais os eventuais outros danos que não sejam a própria vantagem. Ou seja, a reparação integral engloba a devolução da vantagem auferida mais o pagamento de todos os valores apurados como danos pelo ato; e a multa será sempre em valor superior à vantagem auferida; assim me parece desarrazoada e desproporcional essa conjugação.

Dito isso, entende-se que a aplicação de multa superior à vantagem auferida, não deveria ser regra, devendo essa possibilidade ser prevista, mas aplicada sempre em vista do caso concreto; e com base nos critérios dispostos no já dito artigo 7º – afinal o inciso II do artigo 7º já prevê como critério a ser considerado na aplicação da multa, a vantagem auferida ou pretendida. Entende-se que a Lei é forte porque a ideia é deixar claro que a corrupção não compensa; e embora a Lei tenha a responsabilidade como objetiva, desse modo não difere o dolo da culpa, defendo que para a aplicação da multa sempre em valores maiores à vantagem auferida, deveria sim ser levado em consideração se o agente teve ou não dolo.

O inciso II traz como sanção a “publicação extraordinária da decisão condenatória”; e o § 5º<sup>73</sup> dispõe a sua forma de ocorrência. O § 5º estaria melhor se após o termo “circulação nacional” tivesse um ponto final. Vejamos os problemas que começam após aquele termo.

Afixação de edital no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de

---

<sup>73</sup> § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

computadores – provavelmente será regulamentado e espero que resolvam os problemas aqui abordados. Onde seria essa afixação? Na porta? Pensemos no seguinte, o condenado por improbidade administrativa, ele é “noticiário” nacional por meses, até anos; mas seria cabível afixar edital na porta da residência dele? Na porta do trabalho? Inscrever nos documentos pessoais “condenado”? Se ele tiver “facebook”, twitter, instagram, blog ou qualquer outro sítio virtual, seria colocado edital na “página” dele? Acho que a referida afixação é muito grave, exorbitante, excessivo, e não coaduna com nosso ordenamento jurídico. Outrossim, o dispositivo fala em prazo mínimo de 30 (trinta) dias. E o máximo qual seria? O prazo prescricional do ato lesivo? O ato prescricional da pena? E serão em quantos meios? É preciso ter um limite muito claro, o que não existe no dispositivo.

Acredito que a previsão de publicar “em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica” deve ser aplicada pela Administração levando em consideração o espaço geográfico do ofensor, do exercício do ato lesivo e do ofendido, assim como nos meios de comunicação, deve ser publicado nos espaços reservados ao setor econômico do ofensor, do ofendido e da atividade contratada (se por ventura forem distintos, o que parece ser difícil, mas não impossível) e não em seus próprios “sites”; no entanto, a norma não é clara, cabendo ao aplicador e ao intérprete esse delineamento, o que mais uma vez causa insegurança jurídica ao administrado.<sup>74</sup>

O § 1º<sup>75</sup> dispõe acerca da possibilidade de aplicação, desde que fundamentada (lembro da obrigatoriedade de motivação)<sup>76</sup>, dos incisos I e II de

---

<sup>74</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, defendem ter poucos efeitos práticos essa publicação; e a inadequação da Lei ao prever essa sanção como responsabilidade administrativa, por entenderem que a forma prevista para a publicação, quer seja “extrato de sentença”, seria ato judicial e não administrativo – discordo desse entendimento, continua sendo ato administrativo, a Lei apenas previu que a forma seja de “extrato de sentença”, ou seja, utiliza-se o mesmo termo e padrão que é utilizado nos atos judiciais, nos extratos de sentenças do judiciário –; mas eles contribuem ao perceber que a previsão de publicar “em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica” não deixou claro os critérios, se geográfico ou econômico; para ler mais sobre esse entendimento ver: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

<sup>75</sup> § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

forma isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações. Essa decisão, embora precise ser fundamentada, deixa ao arbítrio do intérprete se será isolada ou cumulativamente, o que significa que sua aplicação será dada após jurisprudência e doutrina consolidadas ou por regulamentação ministerial. Por enquanto, parece colocar a Lei como inútil, porque o aplicador pode ser corrompido, e fundamentando sua decisão, sancionar o corruptor apenas no inciso II, fazendo com que a penalização do infrator seja pelas vias comuns já existentes.

Embora o § 1º precise ser regulamentado, ou aguarda-se a boa-fé dos aplicadores para que a Lei Anticorrupção tenha força, o § 2º e o § 3º talvez possam resolver o problema. O § 2º dispõe que as sanções previstas nos incisos I e II serão precedidas de “manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público”. Desse modo, dificulta um pouco a corrupção para aplicar sanção mais branda, mas não evita totalmente, porque a “figura” que vier a expedir a manifestação também pode vir a ser corrompida.<sup>77</sup> Outrossim, é o conteúdo da manifestação que prevalece? É uma

---

<sup>76</sup> Quanto à fundamentação motivada, Melillo Dinis discorre muito bem, vejamos: “A fundamentação significa aqui a obrigatoriedade da motivação, tanto da sanção como da sua gradação, na esteira do determinado pela Constituição de 1988, como, aliás, sevem ser todos os demais atos da Administração Pública. Qualquer decisão administrativa sem a devida motivação representa retrocesso no Estado de Direito, o que, além de violar a Constituição (artigo 93, X), incorre na violação à Lei nº 9.784/1999 (artigos 2º e 50), dentre outras”. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 100-101.

<sup>77</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa lembram que muitos municípios brasileiros não gozam de um assessoramento público e contratam bancas de advogados da iniciativa privada para suprir essa carência, o que poderia viciar as decisões de aplicação da multa; que essa manifestação jurídica deveria ser restrita à advocacia pública; e que faltou prever uma mediação independente, uma “instância” recursal neutra; ver mais sobre essas explicações em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 42-43. No entanto, discordo veementemente da posição de restrição à advocacia pública diante de um cenário onde não haja necessidade de uma estrutura fixa como essa, o que apenas aumentaria os gastos públicos sem necessidade, e não evitaria a corrupção; e muito menos com a assertiva da possibilidade de motivação para acordos escusos da contratação de escritórios de advocacia para esse mister, porque temos visto que a corrupção parte tanto do privado como do público, e não é a sua natureza que muda isso, além de que órgãos de controle podem fiscalizar e resolver esse problema, seja a atividade prestada pela iniciativa privada ou pelo Estado. Mas concordo e acho que é a melhor solução, que o legislador, ou a Administração quando regulamentar a Lei, venha a instituir órgão neutro para análise de recursos e onde possa ser realizada uma mediação independente, inclusive podendo ser delegada esta atividade à iniciativa privada.

manifestação vinculativa? O que acontece se a sanção for diferente do conteúdo da manifestação jurídica?

Agora o § 3º é muito bom, ele dispõe que a “aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”, portanto, a administração, no mínimo, não ficará no prejuízo e o infrator não será beneficiado – isso se conseguir efetivar a reparação. Mas ainda ficam alguns pontos em aberto, o que é a reparação integral? Em responsabilidade civil a reparação integral é o retorno ao *status quo ante*, mas para tanto o que será levado em consideração? Apenas o prejuízo pecuniário efetivo? Será levado em consideração o que deixou de ganhar? Tempo? Moral? Imagem? Eu acredito que acabará sendo apenas o prejuízo financeiro efetivo, podendo, dependendo do caso, alcançar o que deixou de ganhar – pode ser prestação de serviço público que teria lucro, quem sabe taxas que não foram possíveis cobrar? –, e muito talvez, danos morais, à imagem

O § 4º traz uma alternativa para o caso de impossibilidade de previsão do valor do faturamento bruto previsto no inciso I. Nesse caso a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Minha análise é que para a existência desse parágrafo há a necessidade de procedimentos para saber como será “descoberto” esse faturamento. Para o faturamento bruto ser aferido seria melhor a previsão de consulta sigilosa ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica junto à Receita. Agora o que pode acontecer é a fraude ou sonegação fiscal, o que configura crime contra a ordem tributária, com base na Lei nº 8.137/90. Nesse caso há duas possibilidades, aguardar apuração do crime e do verdadeiro faturamento ou utilizar do critério previsto no referido parágrafo. A dúvida é: como assim não é possível aferir o valor do faturamento bruto? De qualquer maneira, a larga gradação da multa, embora possa ser arbitrariamente utilizada de forma errônea pelo administrador, não é discricionária, mas ao contrário, torna possível condenar cada pessoa jurídica com a única decisão correta para o caso concreto<sup>78</sup>, analisando todas as especificidades do ocorrido, assim como permite sua revisão

---

<sup>78</sup> Acerca da teoria que defende uma única decisão correta para cada caso concreto, ver: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionabilidade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa*. Revista CEJ. Brasília, nº 36, janeiro/março, 2007, p.30-38. Disponível na Internet: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/743/923>>. Acesso em: 10 de abril de 2014. 17:49.

pelo Judiciário (Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional – inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>79</sup>).

O § 6º<sup>80</sup> sofreu veto presidencial – ouvidos o Ministério da Justiça e a Controladoria-Geral da União –, conforme mensagem nº 314 de 1º de agosto de 2013<sup>81</sup>. No entanto, ter ciência do conteúdo dos dispositivos vetados, e principalmente os motivos<sup>82</sup> que assim o determinaram faz com que se tenha uma ideia mais aproximada de como será a aplicação da norma. Parece não restar dúvidas, a finalidade da Lei não é apenas restituir à Administração Pública, mas considera outras vantagens econômicas decorrentes do ato lesivo; e o mais importante, a extensão dos danos e prejuízos aos concorrentes, aos usuários e à Administração; e o que acredito seja o principal para a sociedade atual que clama por justiça, punir efetivamente os infratores e desestimular futuras infrações.

Portanto, a multa deve ser capaz de ser maior do que todas as vantagens econômicas decorrentes do ato lesivo – isso inclui efeitos indiretos –; os danos causados aos concorrentes e à sociedade. Mas como dito acima o mais importante é punir efetivamente e desestimular a conduta corrupta. Para punir efetivamente é preciso que o infrator perceba que não “valeu a pena” a sua conduta e escolha não mais fazê-la. E para desestimular – e não apenas o infrator, mas todos os que tiveram, têm ou terão relações com a Administração – é preciso que quem “pensa” em praticar o ato lesivo prefira seguir a norma; e, para tanto, o custo caso seja descoberta a corrupção precisa ser tão impactante que ninguém queira correr esse risco e todos precisam saber que a fiscalização é efetiva, eficiente e eficaz, portanto, o ato será descoberto e os ofensores punidos.

---

<sup>79</sup> XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>80</sup> § 6º O valor da multa estabelecida no inciso I do caput não poderá exceder o valor total do bem ou serviço contratado ou previsto.

<sup>81</sup> <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2014. 16:55.

<sup>82</sup> “O dispositivo limita ao valor do contrato a responsabilidade da pessoa jurídica que pratica atos ilícitos lesivos contra a administração pública. Contudo, os efeitos danosos do ilícito podem ser muito superiores a esse valor, devendo ser consideradas outras vantagens econômicas dele decorrentes, além de eventuais danos a concorrentes e prejuízo aos usuários. A limitação da penalidade pode torná-la insuficiente para punir efetivamente os infratores e desestimular futuras infrações, colocando em risco a efetividade da lei”. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm)>. Acesso em 31 de janeiro de 2015. 11:11.

Não obstante a louvável perseguição da moral e da proteção do que é comum, é preciso ser proporcional e razoável, o que não ocorre com o veto, porque pode ocasionar multas mínimas muito acima do valor do contrato<sup>83</sup> e do necessário para prevenir, punir, e compensar danos não previstos na norma; mas também não seria com a redação do dispositivo vetado, porque limitaria a multa à valores de contrato quando o bem jurídico que a norma veio tutelar não foi apenas patrimonial, mas também moral; e o Brasil<sup>84</sup> precisa entender que não há diferença no ato de imprimir documentos particulares no trabalho, levar para casa material do órgão público, ou utilizar de favores dos colegas de ofício, pequenos atos não nos diferem daqueles que desviam os fundos para saúde, educação e segurança, a única diferença é que um tem acesso a bens públicos de mais valor.

Embora leis não sejam solução para os nossos problemas, elas ajudam, e a Lei Anticorrupção veio para tentar moralizar as relações do Poder Público. Assim, acredito que o melhor teria sido a previsão de que nos casos onde a multa mínima de 0,1% (um décimo por cento) ultrapassasse o valor total do bem ou serviço contratado ou previsto, o valor mínimo da multa fosse o próprio valor total do bem ou serviço contratado ou previsto, inclusive porque os danos, sejam eles diretos ou reflexos, já serão integralmente buscados pela Administração Pública.

O artigo 7º traz em seus incisos<sup>85</sup> àquilo que será levado em consideração para a graduação na aplicação das penas<sup>86</sup>, “elementos que exigirão um grande

---

<sup>83</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa dispõem acerca de situações onde a multa mínima disposta no inciso I do *caput* do artigo 6º será exorbitantemente acima do valor contratado, lhes parecendo equivocada a rejeição do dispositivo, ver mais em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 48-49.

<sup>84</sup> Quando digo Brasil estou dizendo nós brasileiros, não apenas os nossos representantes e as autoridades do Estado, mas nós cidadãos.

<sup>85</sup> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e X - (VETADO).

<sup>86</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa defendem que à primeira vista a Administração Pública brasileira não está preparada para realizar essas aferições; ver mais sobre essa posição em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves



cuidado dos aplicadores da norma e deverão ser avaliados em todas as etapas do processo administrativo”<sup>87</sup>. Poderia parecer que esses dispositivos teriam o condão de suprir o risco de arbitrariedade indicado acima no ato de aplicar a pena. No entanto, a maior parte dos incisos são muito amplos, sem boa definição e não é informado em que grau cada um será considerado; portanto, só a doutrina e a jurisprudência poderão definir isso; ou por regulamentação, no entanto, não se sabe quando, como e se haverá a referida regulamentação, inclusive porque o parágrafo único dispõe que “os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo Federal”, restando a dúvida quanto ao restante dos incisos.

Conforme dito acima, é difícil saber como será a “dosimetria” das sanções, mas é possível perceber que a consumação ou não do ato, ou seja, se o ato aconteceu, será levado em consideração; o valor que o infrator ganhou ou pretendia ganhar, seu poder financeiro e o valor dos contratos mantidos com o lesado – ou seja, quanto mais intensa e importante a relação entre as partes, maior será a punição –; e ao considerar a gravidade da infração, o grau ou perigo de lesão, e o efeito negativo produzido, fica claro que corrupção referente à atos lesivos à saúde, educação e segurança serão punidos com “força”; assim como outros temas críticos no Brasil, à exemplo do transporte, da energia, do assistencialismo e da infraestrutura.

Os incisos VII<sup>88</sup> e VIII<sup>89</sup> trazem “atenuantes” quando o infrator coopera para apurar as infrações e quando ele tem mecanismos que visem impedir a corrupção,

---

comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 44.

<sup>87</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 101.

<sup>88</sup> O conteúdo da cooperação informada do inciso VII, e seus desdobramentos nos incisos I e III do § 1º do artigo 16 da Lei Anticorrupção, pode ter por parâmetros, àqueles mencionados no guia de aplicação do *Foreign Corruption Practices Act – FCPA*: “a) autofiscalização contínua: estabelecimento de mecanismos efetivos de *compliance*, com apoio da alta administração da empresa, visando à prevenção e identificação de falhas e irregularidades; b) remediação: quando descoberto algum desvio, devem ser aplicadas as devidas penalidades às pessoas que lhe deram ensejo e as eventuais falhas do programa de integridade devem ser corrigidas; c) autodenúncia: devem ser realizadas e reportadas para as autoridades governamentais competentes as investigações internas conduzidas pela empresa para verificar a origem, extensão e consequências da irregularidade; d) colaboração com as autoridades: devem ser realizadas e reportadas para às autoridades governamentais

instruir as “figuras” relacionadas a ele, proteger e incentivar o denunciante, invistam na ética e que esses mecanismos sejam efetivos, eficientes e eficazes.

O inciso X<sup>90</sup> sofreu veto presidencial – ouvido o Ministério da Justiça e a Controladoria-Geral da União, sendo que esta última opinou pelo veto conforme razão exposta na mensagem nº 314 de 1º de agosto de 2013<sup>91</sup>. Concordo em parte com o veto.<sup>92</sup> Realmente pouco importa a conduta do servidor público quando está se falando que ele influenciou o infrator, porque nesse caso o infrator sabia estar errado, mas importa, porque pode ser que o ofensor não tinha interesse em praticar o ato lesivo, mas apenas o praticou porque se não o fizesse o agente público o prejudicaria<sup>93</sup>. No entanto, imaginemos a situação onde o limite entre o ato lesivo e o ato legal é tênue – considerando o entendimento do homem médio no Brasil, porque se for latente a ilegalidade, não importa – e o servidor público contribui para o ato, não exercendo influencia, mas induzindo ao erro, enganando o infrator, nesse caso

responsáveis pela aplicação do FCPA todas as informações necessárias para a condução das investigações, bem como todos os documentos que comprovem o esforço da empresa para remediar as irregularidades”. Retirei esses parâmetros *Ipsis litteris* de CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27.

<sup>89</sup> O inciso VIII será melhor explicado abaixo, no Capítulo 3 PROGRAMA DE COMPLIANCE, que, segundo Bruno Carneiro Maeda, em suma, são “mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e remediação de condutas ilícitas”, trecho retirado de: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 167.

<sup>90</sup> X - o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público para a ocorrência do ato lesivo.

<sup>91</sup> “Tal como proposto, o dispositivo iguala indevidamente a participação do servidor público no ato praticado contra a administração à influência da vítima, para os fins de dosimetria de penalidade. Não há sentido em valorar a penalidade que será aplicada à pessoa jurídica infratora em razão do comportamento do servidor público que colaborou para a execução do ato lesivo à administração pública.” < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2014. 16:55.

<sup>92</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa entendem que a redação do dispositivo vetado não foi bem compreendida e seu veto foi indevido, porque acreditam que muitas vezes a pessoa jurídica é vítima de servidores corruptos, ver mais em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 49-50.

<sup>93</sup> Trago à tona uma realidade notória no Distrito Federal e entorno, quer seja a dificuldade de se obter licenças e alvarás no âmbito do tema de imóveis, onde muitas vezes os servidores “sentam” no processo e só dão prosseguimento mediante propina, alguns são sutis, mas outros são claros na proposição de que se receber um valor estipulado o processo seguirá e será provido o pedido. Entendo que diante de situações assim, nós brasileiros devemos denunciar às autoridades competentes, mas é triste nossa realidade, muitas vezes a denúncia é feita a outro corrupto, ficando o denunciante em “mãos lençóis”.

acredito que o infrator é “vítima”, deve apenas reparar o dano causado, sendo-lhe excluída a possibilidade de qualquer outra sanção<sup>94</sup>.

Assim, defendo que por um período de transição, até que a corrupção no Brasil diminua, sejam limpos os nossos órgãos públicos, deveria sim ser considerada a conduta do servidor público para a consecução do ilícito e isso ser visto para fins de dosimetria das penalidades.

## 2.4 Processo Administrativo<sup>95</sup> de Responsabilização

Com vistas ao respeito dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa dispostos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, a Lei Anticorrupção dispôs um capítulo para a disciplina do processo administrativo de responsabilização, o que espero alcance êxito em garantir os direitos do administrado, porque a tradição administrativa brasileira nos demonstra muitas ofensas nesse campo<sup>96</sup>. O *caput* do artigo 8º<sup>97</sup> não consegue sanar um dos maiores problemas dos processos administrativos, quer seja o desconhecimento do administrado quanto a estrutura do órgão e das competências internas para cada ato, em cada órgão. O dispositivo acima facilita um pouco quando esclarece que a instauração e o julgamento caberão à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, embora fica a dúvida relativa à precisão do que se queria dizer com “cada órgão ou entidade”.

---

<sup>94</sup> Nesse caso, fico pesaroso da opinião exposta, porque acredito fosse mais justo a Administração Pública buscar a reparação integral do dano apenas do agente público, podendo a “vítima” até mesmo processar a Administração, caso tenha experimentado prejuízos, haja vista ter agido presumindo a legitimidade, veracidade e legalidade dos atos do agente público, investido pela Administração Pública naquelas funções públicas. Mas acho que o entendimento será o de buscar a reparação da “vítima”, sob a alegação de que não se pode alegar em sua defesa o desconhecimento da norma.

<sup>95</sup> Fora o que estiver previsto na Lei Anticorrupção, o processo administrativo deve seguir o disposto na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (guardada a competência dos demais entes da República para legislar sobre o tema).

<sup>96</sup> “A cultura brasileira dos processos administrativos neste início de século têm evidenciado um conjunto de problemas (i) abuso da posição do Estado; (ii) responsabilização prévia, funcionando o processo administrativo apenas como simulacro; (iii) formalismo absoluto; (iv) pouco ou nenhum devido processo legal substantivo; (v) contraditório reduzido ou inexistente, pois as manifestações dos administrados não são sequer consideradas na formação do juízo”. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 113.

<sup>97</sup> Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

De qualquer modo, todo o comentário acima é inútil quando se lê o § 1º<sup>98</sup>. Se a competência pode ser delegada, volta-se à problemática do processo administrativo quanto à dificuldade que tem o administrado em ter o conhecimento acerca da competência para cada ato administrativo em cada órgão ou entidade do Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao menos foi vedada a possibilidade de subdelegação.

O § 2º<sup>99</sup> ficou cheio de “buracos” e me sugere questões. A CGU tem competência concorrente para o julgamento ou só para a instauração? A competência para a avocação é apenas para o exame da regularidade e para corrigir o andamento, continuando o competente a realizar os feitos, ou a CGU também pode realizar todos os feitos a partir dos exames e das correções? Na prática, acredito que a CGU ao exercer a competência concorrente para a instauração será quem julgará também; e nos casos em que examine a regularidade ou corrija o andamento ela poderá dar continuidade ao processo administrativo e julgar ou apenas determinar ao competente que regularize ou corrija os andamentos conforme exposto por ela.

O artigo 9º dispõe ser a CGU a competente para “a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos nesta Lei, praticados contra a administração pública estrangeira” e ressalta a necessária observância do disposto no Artigo 4<sup>100</sup> da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no

---

<sup>98</sup> § 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.

<sup>99</sup> § 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU, terá competência concorrente para a instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

<sup>100</sup> Artigo 4. Jurisdição. 1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território. 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo. 4. Cada Parte deverá verificar se a atual fundamentação de sua jurisdição é efetiva em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, caso contrário, deverá tomar medidas corretivas a respeito.

3.678, de 30 de novembro de 2000. Aqui, acredito que a aplicação será mais uma questão política e diplomática que jurídica.

O *caput* do artigo 10<sup>101</sup> dispõe apenas acerca da condução do processo administrativo, porque a instauração e o julgamento estão disciplinados no artigo 8º e seus parágrafos; e mais uma vez muitos pontos ficaram abertos; assim, aguarda-se por regulamentação, ou construção doutrinária e jurisprudencial. Como serão designadas essas comissões? É uma por processo ou a comissão será por um determinado período<sup>102</sup>? Em caso de ser por determinado período, ao fim do prazo uma outra comissão atuará no processo ou aquela comissão precisa concluir os processos em que atuava? Há possibilidade de suspeição e impedimento dos integrantes dessas comissões? Entendo que sim, então quais critérios e como arguir a suspeição e o impedimento? Outra falha grave é a possibilidade de apenas dois servidores, um número muito reduzido para decisões muito importantes e que podem causar até a extinção de atividades empresariais; e esse número ainda pode gerar situações de discordância, onde não se prevê o voto decisório, a previsão deveria ter sido de no mínimo 3.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

<sup>102</sup> Melillo Dinis do Nascimento defende a possibilidade da constituição de comissão permanente em cada órgão ou entidade pública. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 102. Eu entendo que é possível, porque a norma não obriga que sejam comissões temporárias, mas defendo que a Administração estipule prazos razoáveis e intercalados para a mudança, ex.: cada servidor não pode exceder a 4 anos e a cada 2 anos é trocado um dos servidores – sendo que esse período de 4 anos não deve coincidir com o interstício das legislaturas (em todos os níveis), para evitar “politicagem” (no sentido pejorativo e incorreto do termo política). A perpetuação da comissão é ruim, porque fica mais fácil de ser “capturada” pela corrupção, principalmente por ser exigível apenas dois servidores estáveis; mas de outro lado, a mudança excessiva e total gera a prejuízo quanto à continuidade referente à experiência e à uniformidade na condução do processo administrativo.

<sup>103</sup> No mesmo sentido: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 44-45; e NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 113-114.

O § 1º<sup>104</sup> é maravilhoso, por causa da realidade brasileira. Conforme dito acima, a Administração Pública brasileira, em regra, porque existem exceções, é ineficiente e parte do pressuposto de que o investigado é infrator, portanto, a possibilidade da Administração só ter o poder de requerer as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, requerendo ao judiciário, a pedido da comissão, e por meio de órgão de representação judicial ou equivalente, gera mais segurança para o investigado.

O § 2º<sup>105</sup> traz a previsão da possibilidade da comissão propor à autoridade instauradora do processo administrativo, de forma cautelar, que sejam suspensos os efeitos do ato ou do processo objeto da investigação. A redação ficou confusa. O que se pretende suspender os efeitos? Parece ser do ato que haja a suspeita de lesividade, ou do processo (atos concatenados para uma finalidade) que se suspeite seus resultados sejam lesivos. Mas o § 2º deixa em aberto em que termos será feita a suspensão. Será propondo medida judicial, nos moldes no parágrafo anterior ou será pela própria Administração? Na prática deverá ser feito pela própria Administração, o que partindo do pressuposto de sua ineficiência e do seu juízo preconcebido acerca de que o investigado é infrator pode vir a ser muito lesivo aos particulares honestos.

O § 3º<sup>106</sup> traz um prazo<sup>107</sup> de 180 (cento e oitenta) dias – o termo inicial é a data da publicação que instituir a comissão<sup>108</sup> – para a comissão apresentar relatórios sobre os fatos apurados; a responsabilidade da pessoa jurídica; e a sugestão de forma fundamentada e motivada, das sanções a serem aplicadas ou da

---

<sup>104</sup> § 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

<sup>105</sup> § 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

<sup>106</sup> § 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de fora motivada as sanções a serem aplicadas.

<sup>107</sup> Considerando o *caput* e os parágrafos do artigo 66 da Lei nº 9.784/99, os prazos contados em dia contam-se de modo contínuo, a partir da cientificação oficial exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento e prorroga-se o prazo para o primeiro dia útil seguinte quando este cair em dia em que não houver expediente ou este acabar em horário anormal.

<sup>108</sup> Assim, a redação parece nos responder o questionamento quanto à comissão ser permanente ou para cada caso, porque o § 3º traz prazo da instituição da comissão, logo, seria instituída uma para cada caso. Ou então, trata-se de mais uma impropriedade da norma, e o que se queria dizer não era da instituição da comissão, mas da instauração do processo, por exemplo.

não aplicação delas<sup>109</sup>. O prazo do § 3º é quase obsoleto, haja vista o § 4º<sup>110</sup>, que prevê a possibilidade de prorrogação mediante ato fundamentado da autoridade instauradora<sup>111</sup>. Desse modo, aguardo seriedade e eficiência, mas a realidade pode vir a ser de prazos muito dilatados, por fundamentações muito “frágeis”, tornando o prazo definido em indefinido.

O artigo 11<sup>112</sup> informa o prazo concedido para a defesa<sup>113</sup> do investigado, com sua contagem nos mesmos parâmetros do artigo 66 da Lei nº 9.784/99; e, por falta de disposição na Lei Anticorrupção, e de regulamentação<sup>114</sup>, os demais parâmetros da intimação devem ser com base na Lei nº 9.784/99<sup>115</sup>.

---

<sup>109</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 102.

<sup>110</sup> § 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.

<sup>111</sup> O que significa dizer que só em fase judicial o investigado poderá confirmar em concreto se o fundamento e sua motivação são plausíveis ou não.

<sup>112</sup> Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.

<sup>113</sup> Melillo Dinis do Nascimento tece importantes considerações sobre esse tema: “Haverá a necessidade de muito cuidado no encaminhamento dos temas à pessoa jurídica para a apresentação da defesa, a fim de evitar obscuridades e ambiguidades presentes em muitos casos. O objetivo é evitar a constituição de acusações *prima facie* aparentemente verossímeis, mas que não resistem a uma avaliação jurídica e/ou judicial prudente e neutra. [...] Nessa defesa, a pessoa jurídica poderá articular fatos e direitos, propor procedimentos, audiências, produção de provas em toda sua extensão, com base no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 103.

<sup>114</sup> Até dia 21 de fevereiro de 2015, às 11h, não havia regulamento publicado.

<sup>115</sup> Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências. § 1º A intimação deverá conter: I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa; II - finalidade da intimação; III - data, hora e local em que deve comparecer; IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar; V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento; VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes. § 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento. § 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado. § 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial. § 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade. Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado. Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

Não há o que se comentar sobre o artigo 12<sup>116</sup>.

Critico o artigo 13<sup>117</sup> quanto à necessidade de instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano, quando o melhor seria que em um mesmo processo, após a condenação, fosse dado início à fase que busca a reparação integral do dano, dispensando a instauração de um novo<sup>118</sup>.

O parágrafo único do artigo 13 prevê: concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública; mas não previu o prazo para o pagamento após concluído o processo.

No artigo 14<sup>119</sup>, mais uma vez surgem várias dúvidas que não se sabe se serão regulamentadas posteriormente ou se será necessária a doutrina e a jurisprudência defini-las. Embora não seja disposto no referido artigo, por óbvio resta a necessidade de fundamentação para desconsiderar a personalidade jurídica. Mas essa desconsideração pode vir a acontecer cautelarmente? Será ao final do processo administrativo de responsabilização ou com a conclusão do processo administrativo específico de reparação integral do dano? Ao serem estendidos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração será aberta oportunidade para que estes exerçam o contraditório e a ampla defesa? Em caso de multiplicidade de sócios e administradores correrão em processos separados para cada um? Nestes casos também serão precisos processos específicos para a reparação do dano? São essas alguns dos questionamentos ainda sem resposta. O artigo 15<sup>120</sup> também não necessita de comentários.

---

<sup>116</sup> Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do artigo 10, para julgamento.

<sup>117</sup> Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

<sup>118</sup> A abertura de outro processo administrativo para a reparação demanda a realização de atos de nomeação, distribuição, intimação que seriam desnecessários em caso de ser feito tudo em um único processo, de modo semelhante como acontece atualmente no processo judicial.

<sup>119</sup> Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

<sup>120</sup> Art. 15. A comissão designada para a apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.



## 2.5 Acordo de Leniência<sup>121</sup>

Os problemas começam pelo próprio *caput* do artigo 16<sup>122</sup>. O primeiro ponto é a previsão para a celebração de acordo apenas com as pessoas jurídicas, quando esse instituto também deveria ter sido estendido à todas as pessoas que possam sofrer sanções referentes aos atos lesivos dispostos na Lei em análise, mesmo que as punições para essas outras pessoas não estejam previstas nessa Lei. As penalidades da Lei Anticorrupção são aplicáveis apenas às pessoas jurídicas; e as sanções previstas para as pessoas físicas estão dispostas em outras leis; portanto, a ausência de um acordo de leniência com pessoas físicas pode, em determinados casos, tornar inócuo o instrumento do acordo de leniência, isso porque muitas vezes o potencial denunciante responderá de forma pessoal e objetiva pelos atos da pessoa jurídica, fazendo com que ele decida não informar os fatos à autoridade competente; e caso ele tenha poderes sobre a pessoa jurídica, essa também não fornecerá as informações, porque se o fizer, a pessoa física será apenada posteriormente. Nesse mesmo sentido é o entendimento do Comitê Anticorrupção e *Compliance* do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP quando enviou à Câmara dos Deputados um relatório analisando o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que posteriormente foi transformado na Lei nº 12.846/2013, *in verbis*:

No que diz respeito à pessoa física, apesar de as sanções previstas no PL serem aplicáveis somente às pessoas jurídicas, é importante que, tal como disposto na legislação de direito de concorrência, os indivíduos envolvidos em atos lesivos previstos no PL também possam celebrar acordos de leniência, ainda que as sanções cabíveis estejam previstas em outras leis. Essa possibilidade é interessante principalmente em empresas em que o papel do controlador societário se confunde com o do administrador. Nesse sentido, permitir que somente as pessoas jurídicas celebrem acordo de leniência pode inibir que esse importante instrumento seja utilizado, pois ainda que potencialmente benéfico para a empresa, poderia, por outro lado,

---

<sup>121</sup> Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa, o termo foi mal empregado, e para tanto eles voltam à origem, ao latim; esclarecem que leniência vem de leniens, derivando a palavra para lenitivo, que significa alívio, laxativo; e que haveria um termo melhor, quer seja lenimento, do latim lenimentum, aquilo que embrandece, suaviza, mitiga. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45.

<sup>122</sup> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

representar uma confissão para a pessoa física, ensejando a aplicação das sanções cabíveis a esta.<sup>123</sup>

Em sentido diverso, é o posicionamento de Renato de Oliveira Capanema, ele defende que a possibilidade de exclusão da responsabilidade de pessoas físicas iria contra o próprio espírito da lei<sup>124</sup>, entendimento que compreendo, haja vista a “sede” pela moralização, mas que não pactuo, porque como já dito acima, pode ser uma barreira e até mesmo um esvaziamento do próprio instituto do acordo de leniência, que busca um bem maior do que punir a pessoa física ofendida, mas “descortinar” os “esquemas” que já perduram por séculos. Ademais, a prática tem demonstrado que a Administração é ineficaz em trazer à luz esses “esquemas”, mas que quando um envolvido resolve trazer detalhes, a Administração não apenas resolve o caso detalhado, como adquire a *expertise* e o conhecimento sobre práticas criminosas que jamais saberia se alguém do grupo criminoso não tivesse revelado. Assim, talvez fosse melhor uma mediação dos pensamentos, prevendo não a irresponsabilidade da pessoa física, mas sua atenuação em uma medida razoável e adequada, no limite do necessário, para que haja a celebração do acordo e a punição das pessoas físicas; mas de tal modo que seja mais vantajoso ao delator sofrer as consequências de assumir suas condutas ilícitas e delatar terceiros do que continuar agindo à margem da norma.

O segundo ponto está intimamente ligado ao primeiro e é acerca da previsão do acordo de leniência apenas para as investigações e o processo administrativo. Isso me traz algumas dúvidas: 1) a não previsão de acordo de leniência na esfera judicial impede a realização de acordo em fase judicial? 2) esse acordo judicial pode ser melhor que o administrativo? 3) descumprido o acordo de leniência pode ser feito outro judicialmente?

E o terceiro e último ponto se refere a ausência de dispositivo que prevesse a obrigatoriedade, para a celebração do Acordo de Leniência, do chamamento de

---

<sup>123</sup> DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). Comentários ao projeto de lei nº 6.826/2010 – Comitê Anticorrupção e Compliance (relatório enviado, em novembro de 2011, à Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010). In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 332.

<sup>124</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 26-27.

todos os órgãos estatais com competência para punir, investigar ou propor medida judicial em face do celebrante do acordo, com relação àquela prática lesiva informada, bem como todos os atos a ela interligados. Isso significa dizer que, como se encontra a Lei, pode vir a acontecer da Administração realizar o acordo, e amanhã vir o Ministério Público, a Receita Federal ou outro órgão, e propor medida judicial contra o celebrante do acordo, o que gera um incentivo à continuidade da prática lesiva e um desincentivo à celebração dos acordos.

Os incisos I<sup>125</sup> e II<sup>126</sup> trazem os resultados necessários para que haja a colaboração efetiva. Consoante ao inciso I, tenho algumas dúvidas: 1) como será aferido se era cabível ou não a identificação dos demais envolvidos? 2) quando se fala em demais envolvidos, acredito que sejam todos, das práticas menos lesivas ou até mesmo insignificantes, até as principais, mas quais são os envolvidos que obrigatoriamente serão considerados para a colaboração efetiva, porque em alguns casos muito complexos, talvez fosse interessante esquecer os “peixes pequenos” e focar nos “grandes”, para ser mais objetivo e alcançar resultados práticos antes da prescrição; e 3) Em caso o celebrante do acordo não informe todos os envolvidos, mas suas informações sejam suficientes para a reparação integral do dano e o fim da conduta lesiva, a colaboração será considerada efetiva? Eu espero que as respostas acima, na aplicação da norma aos casos concretos, sejam baseadas na uniformidade relativa aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e que não sejam utilizadas pelos Administradores como forma de beneficiar ou prejudicar amigos e inimigos.

Quanto ao inciso II o que significa essa celeridade que ele exige para a colaboração efetiva? Para ser célere basta ser mais rápido do que o prazo que a Administração demoraria para obter as informações e documentos? E como seria possível determinar o tempo que a Administração gastaria? Aqui nesse inciso deveria ter sido fixado prazo para o fornecimento das informações e dos documentos.

---

<sup>125</sup> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

<sup>126</sup> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

O § 1º<sup>127</sup> dispõe ser obrigatório o preenchimento dos requisitos informados nos seus três incisos para que seja celebrado o acordo de leniência; e é importante destacar a necessidade de satisfazer todos os três requisitos. O primeiro requisito exigido encontra-se no inciso I<sup>128</sup>, e desse inciso surgem diversos desdobramentos e possibilidades que geram dúvidas. Aparentemente há previsão para o acordo de leniência desde que a manifestação de fazê-lo parta da pessoa jurídica, mas a Administração, sabendo do ato lesivo, mas sem conseguir informações e provas, não poderia ter a iniciativa de propor o acordo? Parece razoável que a resposta para a pergunta seja afirmativa, mesmo sem previsão na Lei Anticorrupção, haja vista o interesse na reparação integral do dano, na punição dos infratores e na prevenção e inibição de futuros atos lesivos contra a Administração Pública.

E se houver um ou mais envolvidos com interesse em celebrar o acordo em conjunto? O § 5º<sup>129</sup> autoriza a extensão do acordo de leniência às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitando as condições estabelecidas. Então, se a pessoa jurídica não for do mesmo grupo econômico, ela não poderá celebrar o acordo em conjunto com outra pessoa jurídica? E no caso de uma pessoa jurídica já ter feito o acordo, mas ainda assim faltar informações e documentos para identificar todos os envolvidos e comprovar o ilícito; e uma outra pessoa jurídica em posse das informações e documentos que faltam querer celebrar o acordo, não será possível? Essas são perguntas que serão respondidas apenas com a execução da lei e posteriormente com as ações ajuizadas no Judiciário. De qualquer modo, acredito que no primeiro momento a Administração seguirá estritamente aquilo que encontra-se na lei, interpretando-a restritivamente.

Para o inciso II<sup>130</sup> trago uma única crítica. Nos casos em que para apurar melhor, seja para confirmar as informações ou pela necessidade de obtenção de

---

<sup>127</sup> § 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

<sup>128</sup> I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

<sup>129</sup> § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

<sup>130</sup> II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

documentos, for necessário que a pessoa jurídica continue envolvida na infração, ou seja, continue com o ato lesivo e ilegal, poderá ser feito acordo de leniência nestes termos ou por falta de previsão na Lei Anticorrupção isso será impossível?

O inciso III<sup>131</sup>, a princípio, criou uma norma muito boa; no entanto, existem diversos fatores comuns ao mercado que colocam em risco o bom senso. Primeiro o dispositivo carece de limites para os custos, desse modo, a pessoa jurídica fica “nas mãos” da Administração, que poderia exigir, para a concretude da cooperação, atos cujos custos sejam além do razoável, ou até ineficazes ou desnecessários; e nos casos em que a pessoa jurídica após o pagamento da multa e da reparação integral venha a ter sua situação financeira prejudicada ao ponto de correr até mesmo o risco de sua extinção? Nesse caso ela não teria mais condições de cooperar, logo estaria descumprindo o acordo? Ademais, a pessoa jurídica pode querer informar o ato lesivo, mas ciente de que isso a levará à falência, deixa de fazê-lo porque o acordo não será celebrado, haja vista sua impossibilidade de arcar com os custos da cooperação.

Diante desse discurso, poderia se pensar: cometeu o ato lesivo, precisa ser apenado, não interessa se é capaz ou não de cumprir o acordo de leniência. É preciso lembrar que se fala de responsabilidade objetiva, o ato lesivo pode ter sido praticado por figura com relações com a pessoa jurídica mas essa última pode não ter tido o ânimo de praticá-lo. Não é razoável criar requisitos para a cooperação que tornem a não celebração do acordo de leniência quase igual ou até pior do que o eventual risco de ser punido pela Administração, lembrando que existe a possibilidade de não se realizar o acordo e nunca ser punido. Desse modo, a pessoa jurídica vai analisar o que é melhor. Portanto, se os termos do acordo não são bons, torna-se inócuo o instituto disposto na lei.

Partindo para o § 2º<sup>132</sup> do artigo 16, ele tornou o acordo de leniência quase que inútil. O § 2º dispõe acerca dos benefícios do acordo de leniência, quer seja a

---

<sup>131</sup> III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

<sup>132</sup> § 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

isenção da pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II<sup>133</sup> do artigo 6º; no inciso IV<sup>134</sup> do artigo 19; e a redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa aplicável.

Ou seja, administrativamente o acordo de leniência isenta a pessoa jurídica da publicação extraordinária da decisão condenatória e pode reduzir a multa do inciso I<sup>135</sup> do artigo 6º em até 2/3 (dois terços); e judicialmente da “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”. No entanto, a pessoa jurídica continua sujeita às penalidades dos incisos I, II e III do artigo 19<sup>136</sup>.

Desse modo, as sanções judiciais dispostas nos incisos I, II e III do artigo 19 continuam podendo ser objeto de ação judicial, que, inclusive, podem até mesmo dissolver a pessoa jurídica. Portanto, há um equívoco grave na lei, que abre a brecha para a responsabilização judicial da pessoa jurídica com sanções piores do que as que ficou isenta no acordo de leniência. Logo, não parece interessante o acordo de leniência.

No § 3º<sup>137</sup> repete-se o conceito já exposto nos §§ 1º e 2º do artigo 4º, e do § 3º do artigo 6º, no qual a reparação integral do dano causado é obrigação da pessoa jurídica, ou seja, a Administração deve buscar retornar ao estado de origem, na tentativa de não arcar com os prejuízos decorrentes do ato lesivo.<sup>138</sup> Assim, o acordo de leniência não afasta a reparação integral.

---

<sup>133</sup> II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

<sup>134</sup> IV - 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.

<sup>135</sup> 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

<sup>136</sup> I - 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 - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

<sup>137</sup> § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

<sup>138</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa entendem ser positiva a implementação do acordo de leniência no âmbito administrativo mas entendem que a Lei falhou quando previu a reparação integral do dano causado ser obrigatória mesmo com a celebração do acordo, mas não dispôs ser condição para tanto; e tecerem brilhantemente acerca da falha da Lei ao

O § 4º<sup>139</sup> precisará ser regulado posteriormente pelo executivo, mas tem relevante importância na medida em que busca assegurar a efetividade da colaboração e a utilidade do resultado do processo.

Quanto ao § 5º, já citado nos comentários ao inciso I do § 1º, trago uma única crítica. A Lei deveria ter conceituado o que considera grupo econômico de fato, porque em um Cartel<sup>140</sup>, a depender do caso concreto, pode existir um grupo econômico de fato, cuja conduta de todos cause lesão à Administração, e todos queiram firmar o acordo em conjunto. Assim, e porque a criatividade do ser humano não tem fim, me pergunto se esse grupo econômico de fato não pode firmar outro conluio na própria celebração do acordo, de modo que previamente todos concordem no que informarão; e, desse modo, mantenham fora dos olhos da Administração, algumas condutas lesivas, enquanto apresentam outras, de modo a tentar encerrar aquela investigação, fazendo crer aos administradores que o informado é todo o “esquema”. Portanto, em um caso como esse acima exposto, caberá à Administração, buscar outras fontes, o que também deveria estar previsto na norma.

---

prever a reparação integral do dano causado à pessoa jurídica celebrante do acordo, isso porque sua responsabilidade pode ser apenas parcial, bem como podem existir outros responsáveis, e essa integral responsabilização pode tornar desinteressante a celebração do acordo; ver essa posição em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45. Embora a Lei não tenha nenhum dispositivo expresso e claro que diga que o não cumprimento do acordo acarreta a aplicação das sanções como se nunca tivesse existido o acordo, não vejo óbice para que isso venha a acontecer, e acredito que assim será aplicado em caso de descumprimento, logo, não vejo problema na reparação integral não ter sido prevista como condição para o acordo, primeiro porque o seu descumprimento excluirá todas as benesses ganhas pelas informações prestadas, segundo porque se fala-se em acordo, entendo que essa reparação também possa ser realizada dentro de condições razoáveis, de modo a não extinguir a atividade do ofensor, e muito menos que seja suave demais para ele, embora também não haja previsão expressa na Lei acerca dessa possibilidade de negociação da forma e prazo como ocorrerá a reparação. Do outro lado, entendo que a exigibilidade da reparação integral como condição, pode inviabilizar o acordo, tornando-o “letra morta”. Portanto, discordo dessa posição dos autores acima citados, inclusive porque pode acontecer do celebrante não ser capaz de reparar integralmente o dano, mas fornecer informações suficientes para pôr termo à atividade lesiva, incriminar outros participantes e reparar boa parte do dano. Consoante a previsão de reparação integral ao celebrante, sem prever a situação em que ele não agiu só ou não é responsável pela integridade da lesão, e que isso pode afetar a celebração dos acordos, concordo integralmente com os autores.

<sup>139</sup> § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

<sup>140</sup> Para um estudo aprofundado acerca do Cartel, ver: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

O § 6º informa que “a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo interesse das investigações e do processo administrativo”, mas a forma, o prazo e o local da referida publicação encontra-se disposto no Capítulo VII da Lei Anticorrupção, que será analisado abaixo.

O § 7º dispôs que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”; e após a leitura desse dispositivo surgem outras várias indagações. Voltando ao início, quando a pessoa jurídica manifestar seu interesse em realizar um acordo de leniência, ela precisa primeiro apresentar as informações e provas que possui para depois o acordo ser firmado ou o seu interesse em ajudar na identificação dos demais envolvidos, assim como na obtenção célere das informações e documentos que comprovem o ilícito seriam suficientes para a celebração do acordo? Pode acontecer o caso em que a pessoa jurídica sabe e participou do ato ilícito, mas não sabe quem são todos os envolvidos e não tem maiores informações e documentos; e mesmo assim ela se manifesta para celebrar o acordo, e conforme dito acima, ela poderia continuar participando do ato para ajudar a Administração a obter os documentos, informações e identificar os envolvidos?

Outrossim, no caso da exigência de que sejam prestadas as informações e entregues os documentos antes da celebração do acordo de leniência, com a finalidade da Administração saber se é interessante firmar o acordo, e esse acordo não ser celebrado, está claro o não reconhecimento da prática do ato ilícito, conforme exposto no § 7º, mas a Administração poderá usar das informações e dos documentos prestados? Ou será necessário que ela busque outras fontes para usar aquelas informações e outros documentos para fazer prova ou comprovar ter conseguido os mesmos documentos de outra maneira? Essas dúvidas geram insegurança na pessoa jurídica que deseja ajudar a Administração, podendo inibi-la de fazê-lo.

Eu defendo que toda informação prestada e documento fornecido pelo celebrante, caso não haja formalização do acordo, não poderá ser utilizado contra ele, salvo se a Administração comprovar ter conseguido as mesmas informações e documentos por outros meios. No entanto, acho que a não celebração do acordo



deverá ser motivada, seguindo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que o informante não seja uma vítima de Administradores de má-fé, isso porque depois de ter acesso à informações e documentos, é fácil dizer que não são hábeis à celebração do acordo; e, com todos os dados e provas em mãos, conseguir outras formas de fazer prova.

O § 8º<sup>141</sup> traz uma penalidade para o descumprimento do acordo de leniência.<sup>142</sup> O primeiro ponto a ser criticado no dispositivo é a ausência de previsão de multa para o descumprimento. O dispositivo deveria prever multa para o caso de descumprimento do acordo, semelhantemente aos *Deferred Prosecution Agreements (DPA)*, instituto norte americano onde as pessoas físicas e jurídicas realizam acordo com as autoridades norte americanas se comprometendo a não reincidirem em novas infrações; a adotar medidas corretivas e de *Compliance*; e pagar os ganhos obtidos indevidamente em decorrência da violação, para ao final do período determinado para o acordo, caso tenham cumprido os seus termos, deixem de sofrer as sanções dispostas no acordo; mas, caso descumpram, há fixação de multa.<sup>143</sup> Embora a Lei não tenha nenhum dispositivo expresso e claro que diga que o não cumprimento do acordo acarreta a aplicação das sanções previstas na lei, como se nunca tivesse existido o acordo, não vejo óbice para que isso venha a acontecer, e acredito que assim será aplicado em caso de descumprimento.

O § 9º do artigo 16 prevê a interrupção do prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção caso seja celebrado o acordo de leniência; o parágrafo único do artigo 25 informa que na esfera administrativa ou judicial a prescrição será interrompida com a instauração do processo que tenha por objeto a apuração da infração; e o *caput* do artigo 25 informa como 5 (cinco) anos o prazo prescricional das infrações previstas na Lei Anticorrupção, contados da data da

---

<sup>141</sup> § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

<sup>142</sup> Outra penalidade prevista para o descumprimento do acordo de leniência encontra-se no § 4º do artigo 22, que prevê a inclusão da informação do referido descumprimento no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

<sup>143</sup> DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). Comentários ao projeto de lei nº 6.826/2010 – Comitê Anticorrupção e Compliance (relatório enviado, em novembro de 2011, à Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010). In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 332-333.

ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Portanto, segundo a lei, pode existir uma situação em que passados 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses da data da ciência da infração é instaurado processo administrativo, interrompendo o prazo prescricional, considerando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no § 3º do artigo 10 para a conclusão do processo administrativo<sup>144</sup>, suponha-se que com 150 (cento e cinquenta) dias o processo administrativo não foi frutífero, mas uma pessoa jurídica resolveu celebrar o acordo de leniência, já se tem 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, mas o acordo também interrompe o prazo prescricional. Com isso, passasse mais 4 (quatro) anos e 11 (onze) meses, da celebração do acordo, quando a Administração descobre o seu descumprimento, logo, tem-se 10 (dez) anos e 3 (três) meses, momento em que é ajuizada ação judicial para responsabilizar a pessoa jurídica que celebrou o acordo, interrompendo mais uma vez o prazo prescricional.

Desse modo, parece que a Lei Anticorrupção ao prever a interrupção, e não a suspensão, semelhantemente à previsão da Lei de Defesa da Concorrência, torna mais rígida a possibilidade de prescrição e visa tornar mais efetiva a responsabilização dos infratores. Resta saber se na prática não surgirão casos em que a prescrição será dilatada de modo desarrazoado e desproporcional, perpetuando-se no tempo.<sup>145</sup>

Outrossim, trago importante comentário de Melillo Dinis do Nascimento: “E o direito ao esquecimento requer a oportunidade de esquecer e de ser esquecido, bem

---

<sup>144</sup> Sem esquecer-se do § 4º do mesmo artigo, que autoriza a prorrogação do referido prazo, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, o que, conforme já foi dito, transforma o prazo definido em indefinido.

<sup>145</sup> Diante da tênue linha, e que gera muita discussão, acerca da prescrição e do favorecimento da impunidade e do estímulo ao ilícito, quero transcrever o pensamento de Melillo Dinis do Nascimento: “A prescrição do poder de punir – como a prescrição em geral – atende à necessidade da pacificação das relações sociais e da segurança das relações jurídicas em particular, evitando que determinadas situações de conflito efetivo ou potencial se prolonguem indefinidamente no tempo, deixando a parte a ela submissa, em estado de continua inquietação, como a famosa espada de Dâmocles pendendo sobre a cabeça, criando suplício interminável. É preciso enfatizar que o instituto da prescrição não deverá ser percebido como de menor importância, mas sempre como fator impossibilitante da finalidade de paralisar a atividade punitiva e pacificar as relações sociais. Não se compadece com esse entendimento superior alegação tantas vezes repetida de que a prescrição favorece a impunidade ou estimula a prática de novos ilícitos. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 110.

como aplicação de uma justa medida temporal”<sup>146</sup>. Entendimento que não difere do jurisprudencial<sup>147</sup>, conforme exposto no enunciado 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF/STJ<sup>148</sup>. Logo, por mais louvável que seja a tentativa de moralização e punibilidade efetiva, bem como da reparação integral do dano, não podemos criar sanções perpetuas ou desarrazoadas do que é justo e proporcional ao agravo cometido, não apenas na quantidade e na qualidade das sanções, mas também no lapso temporal.<sup>149</sup>

O § 10 dispõe ser a 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”. Conforme já foi defendido neste trabalho, concordo com a centralização, no entanto, deveria ser criado órgão para tanto, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, mas com a importante participação e contribuição de representantes dos órgãos lesados, que tenham conhecimento do caso concreto, para auxiliar o órgão centralizador.

O artigo 17<sup>150</sup> estende aos licitantes a possibilidade da Administração Pública celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, com vistas à isenção ou atenuação das

---

<sup>146</sup> NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 109.

<sup>147</sup> Embora tratando sobre outro tema, por analogia podemos utilizar para a norma em análise, inclusive porque o direito ao esquecimento tem sido utilizado para as mais variadas frentes.

<sup>148</sup> “Enunciado 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.” <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em 24 de novembro de 2014. 09:26.

<sup>149</sup> Se o lapso prescricional em concreto (digo em concreto pensando nele com suas interrupções e suspensões, e não o prazo estático fornecido pela norma) for muito grande, ele pode alcançar fatos que embora não estejam prescritos, seja desarrazoado buscar punir após tanto tempo. Faço essa defesa pensando na norma em análise, cuja responsabilidade é objetiva e pode ocorrer do punido não ter tido o ânimo de lesar ou até mesmo não ter sido beneficiado. Mas tenho uma posição menos flexível diante do dolo, e muito rígida diante da reincidência.

<sup>150</sup> Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

sanções administrativas estabelecidas nos artigos 86 a 88 da Lei de Licitações<sup>151</sup>. Em primeira análise, o dispositivo é muito bom, porque leva às infrações licitatórias os benefícios do acordo de leniência, que são bons para a Administração e para o ofensor de “boa-fé”. No entanto, uma análise mais acurada revela vários problemas, a começar com todas as críticas já feitas neste capítulo. Outro problema do dispositivo é a previsão apenas para os ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, quando atualmente existem outras leis com matéria licitatória que não estão contempladas na redação do artigo 17, no mesmo sentido é o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> 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. § 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. § 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. § 3º 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. § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III) 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. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 17 de fevereiro de 2015. 12:50.

<sup>152</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 45-46.

## 2.6 Responsabilização Judicial

O artigo 18<sup>153</sup> traz norma básica onde a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de responsabilização na esfera judicial; no entanto, não concordo com a referida norma. Primeiro porque sua redação deveria prever os casos em que forem celebrados acordos de leniência, onde as sanções previstas legalmente para responsabilização da pessoa jurídica podem ser “amenizadas”, nos moldes dispostos no Capítulo V da Lei Anticorrupção; desse modo, a responsabilização judicial, caso necessária, deve ser nos limites do acordo; e, em assim sendo, a responsabilidade na esfera jurídica afasta em parte a possibilidade de responsabilização judicial.

Por óbvio, a Lei Anticorrupção vem para prevenir a corrupção e punir os corruptos, e mais, para fazer com que as pessoas jurídicas, e entendo que as físicas também, tenham mais cuidado, mesmo não sendo corruptos, porque a responsabilidade é objetiva; logo, independente do ânimo da figura, poderá ser responsabilizada por atos que causem lesão à Administração nacional e estrangeira, independente da vontade de ter causado o resultado. Outrossim, é louvável a finalidade da Lei, mas todo exagero é maligno, é prejudicial. Portanto, nos moldes em que encontra-se disposta a Lei, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – *caput* do artigo 8º – podendo delegar tal função – § 1º do artigo 8º – agirão de ofício ou mediante provocação, observando o contraditório e a ampla defesa, para instaurar e julgar os processos administrativos com vistas à apuração da responsabilidade das pessoas jurídicas; sendo que no âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União – CGU tem competência concorrente para a instauração ou avocação; e posteriormente a Administração ainda pode ajuizar ação judicial.

Desse modo, é preciso tomar cuidado para não se começar uma “caça às bruxas”, uma perseguição sem fim, onde inicia-se um processo administrativo pela autoridade máxima de um órgão; depois a CGU entende pela necessidade de examinar a regularidade ou corrigir algum andamento e avoca o processo para ela; e posteriormente ainda é cabível medida judicial. O investigado fica um tanto quanto

---

<sup>153</sup> Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial.

“perdido” em meio a esses procedimentos dispostos na Lei Anticorrupção, há muita insegurança jurídica, inclusive por falta de um órgão centralizador, ao exemplo do CADE no sistema de defesa da concorrência, para uniformizar os entendimentos e decisões.

O imbróglio continua no *caput* do artigo 19<sup>154</sup>. Mais uma vez encontra-se ausente um modo de organização para que não ocorra gasto desnecessário de tempo, pessoa e dinheiro. Não há uma previsão de quando será a Advocacia Pública, quando será um outro órgão de representação judicial ou equivalente, e quando será o Ministério Público a ajuizar a ação; ou melhor, as regras de concorrência e subsidiariedade da legitimidade para propor a ação entre os Entes Federados. É preciso definir uma ordem onde caso o primeiro não exerça outro poderá fazê-lo, e formas de comunicação para saber se o primeiro legítimo à propositura a fez e para informar que em seu não fazimento, outro representante o fará, por exemplo.

Ainda no *caput* do artigo 19, relembra-se neste estudo o disposto no § 2º do artigo 8º que dispõe acerca da competência concorrente da AGU, no âmbito do Poder Executivo Federal, para instaurar e avocar processos administrativos de responsabilização, inclusive para exame de sua regularidade ou para correção do seu andamento. Com isso, fica o questionamento, se a CGU percebendo que os legitimados para propor a ação não o fizeram poderia ajuizá-la por intermédio de seu representante judicial, mesmo o processo administrativo tendo sido instaurado e concluído por outro? Acredito que a resposta para a pergunta seja afirmativa, ou seja, após concluído o processo administrativo, estando no prazo para propositura da ação judicial e nenhum dos legitimados tiver ajuizado a ação a CGU o fará, o que entendo plausível e louvável quando o interesse é buscar a reintegração integral do dano causado; punir o ofensor; e mostrar à todos que se praticarem ato lesivo serão descobertos e que o custo do ato será muito maior do que o de não tê-lo praticado. No entanto, a falta de uma melhor organização e procedimentalização, de um órgão

---

<sup>154</sup> Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

centralizador e de previsão de ordem para as ações acarretam em um grau muito grande de insegurança jurídica.

O inciso I prevê “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”. Faz-se três críticas. Uma é acerca da necessidade de delimitar com parâmetros objetivos o que seja “representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos”; isso porque no caso em que a conduta da pessoa jurídica infratora subsuma-se ao inciso I do artigo 5º da Lei Anticorrupção, quando oferece ao agente público vantagem pecuniária para facilitar ou ajudar em alguma transação com a Administração e com isso aquela pessoa jurídica teve uma grande ascensão, passando a ser muito prestigiada no mercado realizou outros vários negócios na iniciativa privada, e vamos considerar ainda que o objeto da transação ficou comprovado como tendo sido adimplido e sendo o de maior vantajosidade para a Administração; logo, essa pessoa jurídica não causou danos aos cofres públicos, mas agiu em desconformidade com a norma, o que deve ser punido, e essa conduta ilegal gerou muito proveito indireto, quer seja a sua ascensão, causa pela qual outras transações com outras pessoas jurídicas de direito público e privado foram realizadas. É um exemplo absurdo, onde não é possível querer aplicar o inciso I do artigo 19 aos proveitos que a pessoa jurídica infratora obteve realizando negócios com outras pessoas jurídicas única e exclusivamente por causa da ascensão que teve com a transação realizada com a Administração; no entanto, o exemplo serve para demonstrar como a redação do dispositivo é frágil.

A segunda crítica está na ausência de previsão de como será ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé. Os interessados deverão fazer parte do processo? A que título? O direito deles será resguardado mesmo que não façam parte do processo? Mesmo não sendo parte eles podem se manifestar nos autos de algum modo? Ou seria necessária ação própria para ressalvar os direitos deles, à exemplo da ação de regresso? São todas perguntas causadas pela falta de uma previsão simples, que poderia ser resolvido em uma linha, indicando por exemplo, que o lesado ou o terceiro de boa-fé podem ser assistentes simples e que eventuais prejuízos deverão ser cobrados em ação de regresso das pessoas jurídicas infradoras. E por último, toda a sociedade é lesada quando a Administração é lesada,

portanto, também é necessário delimitar com critérios objetivos quem é esse lesado disposto nesse inciso.

Os incisos II<sup>155</sup> e III<sup>156</sup> não merecem muitos comentários além do que já foi discorrido; exceto que o inciso II não prevê o prazo ou os critérios objetivos para decidir o período da suspensão ou interdição parcial das atividades, podendo até mesmo ocorrer da interrupção parcial das atividades ser aplicada perpetuamente por algum aplicador da lei que venha entender que o dispositivo assim o permita fazer. Mas eu entendo que ausente o prazo, esse não poderá exceder ao da prescrição.

O inciso IV<sup>157</sup> é uma norma muito boa, isso porque evita às pessoas jurídicas que tenham causado danos à Administração, que se beneficiem das transações elencadas na sua redação; e, principalmente, continuem causando danos à Administração. E o referido inciso quando combinado com os §§ 2º e 3º do artigo 16, que isenta o infrator dessa sanção ao celebrar o acordo de leniência, mas não o exime da reparação integral do dano causado, fecha com “chave de ouro” a norma, porque permite aos arrependidos que colaboraram com a Administração e repararam integralmente os danos causados que continuam sendo beneficiados pelos institutos indicados no inciso IV do artigo 19, e possam comprovar a eficácia da Lei Anticorrupção, porque foi punido, ajudou a administração, reparou integralmente o dano causado, viu que a corrupção não compensa, e continua exercendo suas atividades e mantendo relações comerciais com a Administração, mas agora de modo idôneo. A única crítica é pela ausência de critérios objetivos que disponham acerca da gradação do prazo de 1 (um) a 5 (cinco) anos, acarretando insegurança jurídica, principalmente por falta de um órgão uniformizador, conforme já analisado.

O *caput* do § 1º, e seus incisos<sup>158</sup>, disciplinam o inciso III do mesmo artigo 19. Assim, sempre que estiver comprovado que o infrator habitualmente facilita ou

---

<sup>155</sup> II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

<sup>156</sup> III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

<sup>157</sup> IV - 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.

<sup>158</sup> § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos



promove atos ilícitos; ou foi constituída a pessoa jurídica com a finalidade desviada para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos reais beneficiários dos atos praticados, deverá ser compulsoriamente dissolvida. Uma norma muito boa, porque a finalidade é extirpar a corrupção e deixar claro que ela será descoberta e punida severamente, no entanto não evita que as pessoas físicas ou jurídicas que constituíram a pessoa jurídica infratora ou os reais beneficiários cuja identidade quer ser ocultada venham a constituir novas pessoas jurídicas com as mesmas finalidades desviadas, se não houverem sanções e cadastros para essas pessoas físicas e jurídicas, bem como rígida fiscalização.

O § 2º<sup>159</sup> do artigo 19 sofreu veto presidencial – ouvidos o Ministério da Justiça e a Controladoria-Geral da União - CGU –, conforme mensagem nº 314 de 1º de agosto de 2013<sup>160</sup>.

A razão<sup>161</sup> do veto firma a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção a qualquer custo e considera que introduzir a responsabilidade subjetiva anula os avanços da nova lei. No entanto tenho algumas críticas ao veto. Quanto ao inciso III, do artigo 19, e conforme os incisos I e II do § 1º do mesmo artigo, para a ocorrência da dissolução compulsória há a necessidade do preenchimento de certos requisitos; no caso do inciso II do § 1º, não há que se falar em responsabilidade objetiva, porque o tipo previsto para ser comprovado precisa provar o dolo, porque precisa do ânimo de constituir pessoa jurídica com a finalidade de ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos reais beneficiários dos atos praticados; e com relação ao inciso I entendo que a dissolução só poderia ser aplicada em caso de comprovação do dolo, isso porque a aplicação nos termos previstos é muito desproporcional, imagine os sócios de uma pessoa jurídica onde sem conhecimento deles um funcionário está corrompendo agentes públicos habitualmente para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos, nesse caso a pessoa jurídica será dissolvida.

---

ilícitos; ou II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

<sup>159</sup> §2º dependerá da comprovação de culpa ou dolo a aplicação das sanções previstas nos incisos II a IV do caput deste artigo.

<sup>160</sup> < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2014. 16:55.

<sup>161</sup> Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.

Com referência ao inciso IV do artigo 19, haja vista a previsão de sua exclusão das possíveis sanções aplicáveis em caso de celebração do acordo de leniência, também não há que se falar em mensuração da culpabilidade, isso porque supõe-se que se o infrator está arrependido ou não teve culpa, ele celebra o acordo e se vê livre dessa sanção; no entanto, como já analisado, esse acordo de leniência gera insegurança e pode acabar não sendo vantajoso para o infrator, mesmo quando ele subjetivamente não tenha culpa e queira ajudar nas investigações, o que o faz decidir por não celebrar o acordo, desse modo, acredito que para os incisos II e IV do *caput* do artigo 19, poderia haver previsão não para isentar a sua aplicação em caso de não ser comprovada a culpa ou o dolo, como previsto no dispositivo vetado, mas para que a culpa e o dolo servissem de critério para gradação do prazo da proibição e da suspensão ou interdição; e no caso do inciso III do *caput* do artigo 19, entendo que sua aplicação só é possível se comprovado o dolo, haja vista o já disposto acima.

O §3º dispõe que “as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa”, no entanto, por óbvio, não se pode cumular o inciso III com o II ou o IV, porque dissolvida a pessoa jurídica não há que se falar em suspensão, interdição ou proibição de benefícios. Portanto, a redação poderia ter sido melhor formulada, mas acredito ser uma questão óbvia, que não será um problema para os aplicadores e que mesmo que venham a condenar os infratores cumulativamente nesses incisos, na prática não terão efeitos as sanções que são incorporadas pelo inciso III.

No § 4º<sup>162</sup> se vê um erro formal, mas que precisa ser sanado, porque há a disposição da redação “conforme previsto no artigo 7º”, ocorre que esse dispositivo trata dos critérios para a gradação das sanções, enquanto a previsão da multa e da reparação integral encontram-se no artigo 6º. Assim, acredito que o melhor fosse “conforme previsto no artigo 6º; e, para a aplicação das sanções, levando-se em consideração os critérios dispostos no artigo 7º”.

A única crítica a ser feita ao § 4º é consoante à ausência de previsão de como e quando será feito esse requerimento. Uma coisa parece certa, se a ação é

---

<sup>162</sup> § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

para garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, é preciso já ter sido cumprida ao menos as partes do processo administrativo em que se comprove o nexo causal entre o ofensor e o dano, responsabiliza o suposto “ofensor”, se aplica a multa e se tem certeza do valor para a reparação integral do dano causado. No entanto, surgem algumas dúvidas. Se a CGU pode avocar processos para corrigir seus andamentos, ela poderia fazê-lo após decisão que aplica multa e define o valor da reparação integral? Em caso positivo, a medida judicial requerendo a indisponibilidade para garantir o pagamento pode ser ajuizada pela CGU?

Outrossim, o artigo 13 dispõe que a instauração de processo administrativo específico para aferir o valor concernente à reparação integral não prejudica a imediata aplicação das sanções estabelecidas na Lei Anticorrupção; portanto, entendo poderem ser duas as medidas judiciais, uma requerendo a indisponibilidade para garantir a multa e posteriormente outra para garantir o pagamento da reparação integral do dano causado. No entanto, fica outra dúvida, pode a medida judicial acima referida ser ajuizada antes da conclusão do processo administrativo, seja o que aplica a multa, seja o que afere o valor da reparação integral? Entendo não ser possível antes de decisão administrativa final, exceto comprovados indícios de desfazimento dos bens, direitos ou valores necessários para o pagamento da multa ou da reparação integral. E também entendo incabível a aplicação da indisponibilidade se houver processo judicial discutindo os próprios atos administrativos que culminaram na aplicação da multa e da reparação integral, isso porque ao final da demanda judicial pode a Administração perder a causa e ficar provada a ausência do nexo causal entre o suposto “ofensor” e o dano. Inclusive porque a indisponibilidade para àqueles que exercem atividades comerciais “engessa” a própria atividade, acarretando males que podem não ser restaurados nunca mais, independente de sentença favorável ao suposto “ofensor”. Mas mesmo nesse caso é preciso ressaltar a hipótese da indisponibilidade quando comprovados os indícios de desfazimento dos bens, direitos ou valores necessários com vistas ao não pagamento da multa ou da reparação integral.

O artigo 20<sup>163</sup> “fecha uma brecha” para a possibilidade de corrupção na apuração do ato corrupto, assim como das eventuais falhas humanas, isso porque prevê a aplicação das sanções administrativas e judiciais, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, quando a Administração competente tiver sido omissa. No entanto é preciso esclarecer se essa omissão é com referência a aplicação das sanções, ou seja, a decisão responsabiliza o “ofensor”, mas é omissa na aplicação da sanção; ou se essa omissão é da própria responsabilização, inclusive se é da omissão em instaurar ou concluir o processo administrativo ou se é da comprovada omissão de aferir o ocorrido nos autos do processo administrativo e concluindo pela não responsabilização.

Se for da omissão da própria responsabilização, e pensando no caso em que houve o processo administrativo, e por omissão em apurar o ocorrido, concluiu-se pela não responsabilização, está sendo dado ao Ministério Público a possibilidade de apurar judicialmente uma segunda vez algo que já foi feito administrativamente e chegou-se à conclusão de que não deveria ser responsabilizado o sujeito e ainda aplicar as sanções administrativas, o que em um primeiro momento parece muito bom, porque a ideia é extirpar a corrupção, mas traz muita insegurança jurídica e acarreta muito dispêndio financeiro, temporal e de imagem aos honestos investigados.

Agora se a possibilidade é para a omissão em instaurar o processo, é válida, embora também me pareça um pouco extensa essa possibilidade, haja vista que se a autoridade competente for omissa, a CGU pode fazê-lo administrativamente, e agora esse dispositivo ainda permite ao Ministério Público fazê-lo em sede judicial.

E se for o caso de decisão administrativa responsabilizando mas sendo omissa quanto à aplicação das sanções administrativas, mesmo a CGU podendo avocar o processo para correção, em caso de não o fazer, acho louvável a previsão de que o Ministério Público o faça judicialmente, no entanto, se a CGU tiver feito as correções, ou tiver se manifestado serem desnecessárias quando avocou o

---

<sup>163</sup> Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

processo, entendo não ser possível que o Ministério Público o faça, exceto em caso de indícios de atos de corrupção que envolvam a própria CGU.

E por último fica a dúvida, no caso das sanções administrativas aplicadas terem sido desproporcionais<sup>164</sup>, seja para mais ou para menos, poderia o Ministério Público requerer a redução ou o aumento das referidas sanções?

Ainda no mesmo artigo 20, acredito que poderia ter sido estendida a previsão também para as Advocacias Públicas, órgãos de representação judicial ou equivalentes, mas, nos moldes acima descritos, porque como se encontra seria uma “aberração” para a segurança jurídica.

O *caput* do artigo 21 dispõe: “nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei no 7.347<sup>165</sup>, de 24 de julho de 1985”. No parágrafo único<sup>166</sup> do artigo 21 surge uma dúvida com relação ao termo que torna certa a obrigação de reparar, isso porque é preciso deixar muito claro se esse termo é da sentença transitada em julgado, ou de simples condenação em juízo originário. Inobstante qual seja o entendimento que será dado, entendo que o único válido e legal é o de que a obrigação surge com o trânsito em julgado da sentença condenatória; e sou contrário a qualquer outro entendimento.

## 2.7 Disposições Finais

O *caput* do artigo 22<sup>167</sup>, já no capítulo das disposições finais, cria, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP. Esse cadastro tem o escopo de reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário de todas as

---

<sup>164</sup> Lembro que será com o passar do tempo que se terá uma doutrina e jurisprudência administrativa e judicial que dê a referência da proporcionalidade das sanções com relação às condutas lesivas.

<sup>165</sup> Essa Lei é a que disciplina a Ação Civil Pública.

<sup>166</sup> Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

<sup>167</sup> 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.

esferas de governo com base na Lei Anticorrupção.<sup>168</sup> O § 1º<sup>169</sup> é autoexplicativo, assim não tecerei comentários.

O § 2º, em seus incisos<sup>170</sup>, dispõe quais informações acerca das sanções aplicadas devem constar no CNEP. Os dados expostos não evitam uma prática muito comum no Brasil, quer seja a dos administradores, sócios e empresários que após as pessoas jurídicas que fazem parte terem restrições impostas pela Administração, por causa de atos contra ela, se reúnem e formam outra pessoa jurídica. Desse modo, deveria ter sido prevista a informação dos dados dos responsáveis pelas pessoas jurídicas. No entanto, seria necessária a clara explicação no cadastro de que embora constem os nomes das pessoas físicas, as sanções são para as jurídicas, sendo que não necessariamente a pessoa física tenha culpa no ato lesivo, fato esse que será apurado em procedimento diverso; e que os dados da pessoa física constam apenas a título de evitar a má-fé daqueles que quisessem abrir outras pessoas jurídicas após as anteriores terem sofrido sanções, com o intuito de burlar a penalidade; e o mais importante, os dados referentes às pessoas físicas, nesse cadastro, deveriam ser sigilosos, tendo acesso apenas a Administração contratante interessada em ter informações acerca das pessoas jurídicas com quem estão prestes à contratar.

O § 3º<sup>171</sup> é contrário ao próprio acordo de leniência, ao menos considerando que o CNEP será público, ou seja, qualquer cidadão terá acesso, em semelhança

---

<sup>168</sup> Embora a redação do dispositivo seja “fica criado”, deveria ter expresso prazo e competência para criar e manter o CNEP, porque até o dia 12 de março de 2014, não havia o referido cadastro. No entanto, em 18 de fevereiro de 2015, em busca de saber se o CNEP já existia em concreto, descobri – no site <<https://www.ceiscadastro.cgu.gov.br/ceis/index.aspx>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2015. 11:47 – que foi desenvolvido, para publicar no Portal da Transparência, o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que integrou o CNEP ao já existente Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS. Particularmente acho mais inteligente a integração dos cadastros à criação de diversos cadastros em separado. A integração facilita a consulta e o controle, tanto pela Administração quanto pelo povo. No entanto, acredito que a referida integração ainda esteja apenas cumprindo “tabela”, cumprindo a obrigação da Lei Anticorrupção, mas sem efetivo funcionamento do CNEP, ao menos até a data de 18 de fevereiro de 2015.

<sup>169</sup> § 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.

<sup>170</sup> § 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; II - tipo de sanção; e III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

<sup>171</sup> § 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as

com o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, que agora estão integrados, conforme acima exposto; isso porque constar no CNEP os termos do acordo é, para o ofensor, tão prejudicial quanto se constasse apenas os termos da ofensa, sem a menção ao acordo. Muitas vezes o prejuízo para a pessoa jurídica é maior com a publicidade do seu ato ilícito do que com as punições administrativas e criminais. Desse modo, não deve ser publicado no CNEP as informações acerca do acordo de leniência; ou, deverá ser criado um cadastro sigiloso próprio para o uso exclusivo das autoridades competentes de “gerir” e “organizar” os acordos de leniência e da Administração interessada em contratar com empresas envolvidas nesses acordos.

Embora em discordância relativa ao parágrafo anterior, no que concerne ao § 4<sup>o</sup><sup>172</sup> não há crítica, mas ao contrário, parabéns à lei quando prevê que em caso de descumprimento do acordo de leniência, por parte da pessoa jurídica, deverão ser incluídas as informações previstas no § 3<sup>o</sup>, assim como do descumprimento. Embora não esteja previsto no § 4<sup>o</sup>, parece óbvia a necessidade de cumprir o disposto nos incisos do § 2<sup>o</sup>, em caso de descumprimento; e a lei poderia ter explicitado isso. E agora abre-se uma dúvida, pode a Administração, depois de celebrado o acordo, desistir dele, sem que haja culpa do celebrante? Eu entendo não ser possível, não é ético ou moral. Parece mais uma forma de enganar o ofensor. Geraria muita insegurança jurídica. No entanto, entendo possível em caso de má-fé da outra parte, exemplo, o ofensor com vistas de celebrar o acordo forja documentos e posteriormente à celebração do acordo a Administração descobre, o ofensor não descumpriu o acordo, mas ele é nulo, porque falta o instituto da cooperação previsto nos incisos I e III do § 1<sup>o</sup> do artigo 16 da Lei Anticorrupção.

Veja que a lei, no § 5<sup>o</sup><sup>173</sup>, utiliza o aditivo “e” ao referir-se à reparação do eventual dano causado, desse modo, enquanto não reparar o dano – e entendo até o limite temporal da prescrição, conforme disposto no artigo 25 da Lei Anticorrupção –, o registro será mantido. No entanto, não é certa a previsão de que a exclusão se

---

informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.

<sup>172</sup> § 4<sup>o</sup> Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3<sup>o</sup>, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.

<sup>173</sup> § 5<sup>o</sup> Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.

dará apenas por iniciativa do órgão ou entidade sancionadora, sendo essa uma alternativa possível, por três motivos. Primeiro, deve o CNEP ter uma administração de modo à passado o lapso temporal previsto para a prescrição, automaticamente ser excluído o registro. Outrossim, a administração do CNEP deve gerir o cadastro de tal maneira que passado o período previsto para que constem as informações, seja automaticamente dado um alerta para que eles possam consultar os órgãos ou entidades sancionadoras acerca da possibilidade da exclusão, ou se houve algum desdobramento ou descumprimento do ato sancionador, acordo ou reparação. E por último, em inércia do órgão ou entidade sancionadora e do CNEP, deve a pessoa jurídica interessada informar o CNEP e/ou o órgão ou entidade sancionadora, de modo que confirmem se estão presentes os requisitos para a exclusão. Não obstante tudo o que foi dito neste parágrafo, há um outro problema, a Lei esqueceu de prever a competência<sup>174</sup> da administração do CNEP, mas que como vimos acima, por enquanto está integrado ao CEIS e mantido pela CGU.

O artigo 23<sup>175</sup> também é autoexplicativo, não necessitando comentários ou críticas. A ideia do artigo 24<sup>176</sup> é ótima, porque visa a proteção da reparação integral, e serve como incentivo para fiscalização e punição, haja vista que o lesado será beneficiado posteriormente. No entanto, o termo “preferencialmente” torna ineficaz a norma. O termo “preferencialmente” torna quase nulo o dispositivo; isso porque não são dados parâmetros para o que venha a ser, de forma objetiva, “preferencialmente”, deixando leque de discricionariedade muito amplo, bem como

---

<sup>174</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Karina Amorim Sampaio Costa concorda com a ausência da previsão, mas infere a possibilidade de ficar a cargo da Controladoria Geral da União – CGU; e acrescenta a utilidade de unificar os cadastros existentes para facilitar e ampliar o controle e a proteção, exercidos pelo Poder Público e pela sociedade; ver mais em: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 47. Quando os autores deram a opinião acima, o cadastro ainda não havia sido integrado, e não se sabia por quem seria mantido, mas como já vimos, a CGU está mantendo o CNEP e o integrou ao CEIS.

<sup>175</sup> Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>176</sup> Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.



mais uma brecha para “politicagem e negociatas”<sup>177</sup> com o destino do dinheiro público. Outrossim, deveria ter sido disposto que em casos de órgãos ou entidades que não tenham necessidade de mais receitas; e após ter sido reparado integralmente o dano e as despesas com as investigações e o processo – e aqui pode-se incluir até mesmo os gastos de pessoal e material com os próprios órgãos ou entidades que investigam e cuidam do processo administrativo –, os valores percebidos a mais seriam convertidos à órgãos ou entidades que necessitem de mais receita; ou mesmo para área social, saúde ou segurança pública – dispondo, é claro da forma como seria decidido a quem, quanto e para que seria convertido.<sup>178</sup>

O artigo 25 e seu parágrafo único<sup>179</sup> já foram analisados e criticados nos tópicos da Responsabilização Administrativa e do Acordo de Leniência, não merecendo mais críticas ou comentários.

O *caput* artigo 26 é desnecessário, isso porque ele dispõe apenas o óbvio, que “a pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social”. Entretanto, é de suma importância os esclarecimentos dos seus parágrafos. O § 1º dispõe que “as sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens”; e o § 2º que “a pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil”. No § 2º ficou faltando a previsão da necessária hierarquia a ser seguida, haja vista que uma pessoa jurídica pode ter mais de uma dessas figuras mencionadas, e que pode ocorrer a manifestação de mais de uma delas, com o objetivo de representar a pessoa jurídica estrangeira.

---

<sup>177</sup> Uso o tom pejorativo, no sentido de corrupção travestida de legalidade, onde autoridades públicas buscam seus próprios interesses ou os interesses de quem os apoia e defende utilizando de verbas públicas que deveriam ser utilizadas em benefício de uma administração mais eficiente, mais célere e moral, e que beneficiassem o povo brasileiro.

<sup>178</sup> Melillo Dinis do Nascimento entende imprecisa a norma, porque deixa a escolha da destinação para os administradores; e entende que seria melhor a destinação a um fundo público de combate à corrupção (exemplo). NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 109.

<sup>179</sup> Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Para qualquer norma ser eficaz é preciso que os instrumentos que a efetivam sejam hábeis para tanto. Muitos são os instrumentos nessa “máquina”, e todos precisam funcionar bem e juntos; sendo que um dos instrumentos é o recurso humano, ou seja, a autoridade competente. Desse modo, o artigo 27<sup>180</sup> traz previsão que pode parecer lógica, mas que ainda faz-se necessária no Brasil, para não restar margem de dúvida.

O artigo 28<sup>181</sup> prevê a aplicação da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas brasileiras que cometam atos lesivos contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior. A previsão é de contundente sabedoria. No entanto, a sua aplicação demanda regulamentação muito bem formulada, porque são muitas as variáveis, como a necessidade de trabalho em conjunto com entes nacionais e estrangeiros, privados e públicos, seja na fase investigativa, seja na punitiva, onde na prática, embora haja normatização para esses tipos de relações, e ainda possam ser feitas outras tantas (lembrando que é preciso compatibilizar as normas nacionais com as alienígenas), trata-se de relações com peso muito mais político e diplomático que jurídico. Portanto, seria necessária regulamentação específica – e “pensada” por especialistas – para esse artigo.

O artigo 29<sup>182</sup> é um dispositivo muito necessário, porque um mesmo ato lesivo, pode gerar danos ou ser flagrantemente contrário à diversos dispositivos normativos diferentes, tornando necessária a sanção e a reparação em cada uma dessas searas; e isso não constitui a repetição de uma sanção sobre o mesmo fato – *bis in idem*. Porém, é preciso ter muito bem delimitada a competência de cada um desses órgãos; e, o ideal ainda seria uma harmoniosa comunicação entre eles, com vistas a não ocorrer do instituto comumente identificado no mundo jurídico como *bis in idem*. E para essa harmoniosa comunicação, seria necessário um órgão ou uma pessoa jurídica própria para organizar todas as informações, investigações e decisões, de modo que ele possa comunicar a todos os interessados acerca dos

---

<sup>180</sup> Art. 27. A autoridade competente que, tendo conhecimento das infrações previstas nesta Lei, não adotar providências para a apuração dos fatos será responsabilizada penal, civil e administrativamente nos termos da legislação específica aplicável.

<sup>181</sup> Art. 28. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

<sup>182</sup> Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

andamentos e decisões de cada um, evitando assim, diversas investigações sobre o mesmo fato, onde isoladamente não têm as mesmas informações que teriam em conjunto, assim como em separado têm mais dispêndio econômico, temporal e de recursos humanos. Outrossim, seria necessária previsão da competência para dirimir os conflitos originários da eventual percepção de possível *bis in idem*. E finalizando esse artigo, o perfeito<sup>183</sup> seria que todos os competentes fossem chamados a participar conjunta e harmonicamente dos processos cujos atos investigados possam gerar infrações em suas “pastas”.

As mesmas críticas e elogios tecidos no parágrafo anterior acerca do artigo 29 devem ser considerados para o *caput* e os incisos do artigo 30<sup>184</sup>, com mais um agravante, quer seja quanto ao espectro de autoridades competentes, que no artigo 30 é muito maior, causando muito mais insegurança e confusão.

Os artigos 29 e 30 visam demonstrar a compatibilidade das normas, o que é uma verdade absoluta na teoria, mas conforme exposto acima, na prática pode tornar-se apenas aparente, se não forem muito bem interpretadas e aplicadas. Outrossim, não podemos esquecer dos Tribunais de Contas, o que gera ainda mais insegurança ao administrado, porque, muito provavelmente, mesmo nos casos em que não ocorram os conflitos acima expostos, poderá ocorrer do administrado ter que defender-se diante das autoridades administrativas, do Tribunal de Contas competente, e do Judiciário.

E o artigo 31 estabelece que a Lei Anticorrupção entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação<sup>185</sup>, o que se deu em 29 de janeiro de 2014.

---

<sup>183</sup> Ciente de que não há a perfeição entre os homens.

<sup>184</sup> 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 nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

<sup>185</sup> Publicado no DOU de 2.8.2013.

### 3 PROGRAMA DE COMPLIANCE

Conforme exaustivamente dito neste trabalho, um ponto tido como central da Lei Anticorrupção é a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas; e que essa norma visa mudar o comportamento das relações jurídicas entre as pessoas jurídicas e o Estado<sup>186</sup>.

Também conforme já exposto acima, o inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção prevê que a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” serão levados em consideração para a gradação das penas a serem aplicadas.

Renato de Oliveira Capanema<sup>187</sup> defende que embora exista a insegurança para todas as empresas, devido ao dito cenário de incerteza e excessiva punição derivado da responsabilidade objetiva, dependeria de cada empresa se esforçar em prevenir os atos de corrupção praticados por ela, seus funcionários ou algum parceiro comercial, e cooperar com as investigações em casos de mesmo buscando a prevenção o ato lesivo tenha ocorrido; e, portanto, os efeitos da responsabilidade objetiva seriam atenuados diante das pessoas jurídicas que se esforçam em prevenir os atos corruptos, elas teriam uma vantagem ao se comparar com as outros, porque pela probabilidade correm menos riscos de serem punidas, e não estão sendo tratadas pela Lei em igualdade com as que não se previnem contra a corrupção (essas últimas têm um grau maior de insegurança); alegando ainda que essas últimas devem sofrer sanções realmente mais pesadas, inclusive com o fito de alcançar a finalidade da norma, que é mudar o paradigma da desenfreada corrupção no Brasil, demonstrando que não compensa a escolha pelo caminho errado, e sim a decisão de implantar medidas preventivas contra a corrupção.

---

<sup>186</sup> Embora o trabalho seja com o foco nas relações com a Administração Pública, quando falamos em corrupção devemos nos lembrar que ela ocorre também nas relações que não envolvem a Administração, mas são exclusivamente comerciais, privadas, envolvendo apenas pessoas naturais e jurídicas, inclusive nas relações internas das pessoas jurídicas; portanto, um programa de integridade (*compliance*) também é muito importante para qualquer tipo de pessoa jurídica que se relacione com qualquer outro tipo de pessoa, bem como para o controle interno das relações diárias que ocorrem dentro da pessoa jurídica; assim previne-se desvios de material, troca de favores pessoais em detrimento do que é bom para a pessoa jurídica etc.

<sup>187</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 20-22.

Concordo que as pessoas jurídicas que não buscam prevenir a corrupção – e é necessária a comprovação da efetividade da prevenção –, devam ser fortemente punidas<sup>188</sup>; e que as que se esforçam no ato preventivo deve ter minorada a sua sanção. Também concordo que a empresa ao buscar a prevenção, por uma questão de probabilidade tem mais chances de não se envolver em casos de corrupção e não ser punida no futuro. Ainda concordo que a Lei, muito corretamente, dispôs tratamento diferenciado para quem busca prevenir e colaborar, caso alguém relacionado àquela pessoa jurídica tenha praticado a corrupção<sup>189</sup>; bem como essa diferenciação torna mais justo e saudável o mercado<sup>190</sup>. E, para finalizar, concordo que é necessário o alto rigor para mudar o paradigma e a cultura.

---

<sup>188</sup> Segundo Alexandre Santos de Aragão, “se, por exemplo, o dirigente de uma empresa insiste em pagar os tributos desta no prazo legal, quando os juros por inadimplemento são muito inferiores aos que obteria aplicando o dinheiro do tributo no mercado financeiro, muito provavelmente sofrerá consequências deletérias por parte do subsistema econômico.

Nas palavras de Gunther Teubner, ‘uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do Direito, onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros factores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida, mas é também tida como a opção correta).’

Entendemos que, diante dessa inegável realidade, não é dado ao jurista permanecer em uma clausura autista, ignorando as reações do sistema econômico frente às normas jurídicas”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas*. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coordenadores). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.053). Portanto, as empresas jurídicas têm impregnado na sua essência o cálculo do custo benefício, inclusive de seguir ou não a norma, o que faz necessária as gravíssimas sanções com vistas ao entendimento de que o melhor custo benefício é o cumprimento da legislação anticorrupção; e que sejam instaurados modelos efetivos de combate e prevenção ao ato ilegal. Mas no mesmo sentido, os benefícios para a implementação desses modelos de combate e prevenção precisam ser vantajosos, ter o melhor custo benefício para as empresas jurídicas, ou seja, é preciso ter uma grande diferença entre o custo para a empresa que cometeu um ato ilegal e não tem um sistema efetivo de prevenção, daquela que tem; e isso acaba não sendo a Lei Anticorrupção que define em concreto, mas apenas em abstrato, porque será a Administração, na hora de executar a norma, que tornará atraente, ou não, ter um programa de *Compliance*. Assim, as pessoas jurídicas vão criar seus programas de *Compliance* à medida que perceberem ser uma vantagem o custo de criação e manutenção da figura do *Compliance* em relação as isenções e reduções que o Administrador aplica às empresas que tenham agido com vistas à prevenção e o combate da corrupção.

<sup>189</sup> Segundo Renato de Oliveira Capanema, prevenção e colaboração são interdependentes e se completam. CAPANEMA, Renato de Oliveira. *Inovações da Lei nº 12.846/3013*. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27.

<sup>190</sup> “Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas”. MAEDA, Bruno Carneiro. *Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais*. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 171.

No entanto, “é evidente que, por mais completo e estruturado que um programa de integridade seja, ele nunca será capaz de banir a ocorrência de irregularidades”<sup>191</sup>; e, assim, não acredito que as atenuantes previstas em Lei sejam justas com àqueles que se esforçaram na prevenção e na colaboração<sup>192</sup>. Baseado em tudo o que acima já foi dito, não acredito que a Administração, na prática da aplicação da norma, possa conceder às empresas que demonstraram efetividade na implantação de medidas preventivas contra a corrupção e colaborem com as investigações, uma redução justa.

Dessa forma, o “problema” da responsabilidade objetiva ou das pesadas sanções, poderia encontrar seu equilíbrio se forem bem aplicadas as normas que beneficiam as pessoas jurídicas sérias, que se esforçaram na prevenção e colaboração contra a corrupção, mas que não conseguiram impedir o ato corrupto. No mesmo sentido do que foi dito até aqui sobre os programas de *Compliance*, encontra-se o entendimento exposto por Bruno Carneiro Maeda, *in verbis*:

Como fator central, vale ressaltar novamente que não se deve esperar que programas de *Compliance* pretendam garantir que violações jamais ocorram. O que se espera é que empresas façam o máximo para reduzir a probabilidade de violações, através de uma postura comprovadamente diligente e vigilante e dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade frente aos riscos específicos presentes em suas operações. Embora a tendência aponte no sentido de que a avaliação de programas de *Compliance* deva ser cada vez mais rigorosa, exigir medidas preventivas excessivamente desproporcionais acabaria por inviabilizar sua implementação e operacionalização, surtindo efeito contrário ao desejado. Tal ponto é bastante ressaltado nas diretrizes fornecidas pelo governo britânico a respeito dos *Procedimentos Adequados* do *UK Bribery Act*, na medida em que destacam que tais procedimentos não devem ser excessivamente burocráticos ou onerosos à pessoa jurídica, valendo como elemento central o “bom senso” em sua construção. Nessa linha, os elementos de “proporcionalidade” e “razoabilidade” devem ser os elementos

---

<sup>191</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 22.

<sup>192</sup> Nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Espanha, por exemplo, um programa de *Compliance* adequado e efetivo à tentar impedir, ou ao menos reduzir os riscos de corrupção, pode até mesmo excluir completamente a responsabilidade da empresa, responsabilizando apenas a pessoa que teve a conduta ilegal, o que me parece mais justo e um incentivo para a adoção do *compliance*. Para mais detalhes ver: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 172-176.

norteadores para que programas de *Compliance* sejam, ao mesmo tempo, efetivos, economicamente eficientes e viáveis.<sup>193</sup>

De qualquer maneira, a lei está posta, é preciso que os interessados em se beneficiar das benesses que a lei dispôs, implementem programas que não sejam modelos prontos, que sejam eficazes e eficientes na informação e conscientização da conduta aceitável, na identificação das condutas inaceitáveis, e na adoção das medidas corretivas; e, segundo Renato de Oliveira Capanema eles devem ser adaptados “para atender as especificidades da corporação, levar em conta o tamanho, o setor de atuação, o grau de relacionamento da empresa com o setor público [...] número de funcionários e complexidade da estrutura das empresas”<sup>194</sup>. Portanto, cabe aos administrados “lutar” e aguardar por decisões administrativas e judiciais pautadas pela razoabilidade e proporcionalidade.

Conforme já dito nos comentários do inciso VIII do artigo 7º da Lei nº 12.846/2013, a lei não trouxe os parâmetros para o conteúdo desses programas, e a Administração ainda não regulamentou o dispositivo<sup>195</sup>. Mas para ter por base, Renato de Oliveira Capanema indica duas listas de condutas já formuladas<sup>196</sup>, a primeira foi desenvolvida em 2010, pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que visa prevenir e detectar casos de suborno transnacional:

- a) comprometimento da alta direção da empresa;
- b) política clara e pública de proibição ao suborno;
- c) esclarecimento de que o não envolvimento na prática de suborno e o cumprimento das regras estabelecidas é de responsabilidade de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos;
- d) implementação de políticas destinadas à prevenção do suborno, que se apliquem a todos os funcionários e envolvam os seguintes temas: brindes e presentes, despesas com hospitalidade, viagens, doações políticas,

---

<sup>193</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 181.

<sup>194</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/3013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 22 e 25.

<sup>195</sup> Até dia 21 de fevereiro de 2015, às 11h, não havia regulamento publicado.

<sup>196</sup> É preciso lembrar, criticar e tomar muito cuidado, com uma péssima tradição brasileira de copiar legislação, doutrina e modelos estrangeiros de diversos lugares, com realidades sociais, jurídicas e econômicas diferentes, misturar tudo, e aplicar às nossas circunstâncias, que também são distintas nos âmbitos social, jurídico e econômico, o que muitas vezes gera normas inconstitucionais ou incompatíveis com às nossas realidades, e que acabam esvaziando os próprios conceitos copiados.

- doações filantrópicas e patrocínios, não aceitação de solicitação de vantagens indevidas e extorsão;
- e) supervisão contínua do programa por funcionário de alto grau hierárquico na empresa e garantia de que sejam destinados suficientes recursos humanos e financeiros, que viabilizem a manutenção e autonomia do programa;
  - f) aplicação do programa de *Compliance*, quando cabível, a terceiros, tais quais agentes, intermediários, consultores, distribuidores e fornecedores;<sup>197</sup>
  - g) implementação de sistema de controle contábil e financeiro;
  - h) comunicação, orientação e treinamento periódico de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos, sobre as regras de ética e prevenção à prática de suborno;
  - i) implementação de medidas para encorajar e incentivar o cumprimento das regras de ética e *Compliance* pelos funcionários;
  - j) estabelecimento de medidas disciplinares apropriadas para coibir violações aos regramentos de ética e *Compliance*;
  - k) orientações a funcionários da empresa quando eles se encontrarem em situação de dúvida ou dificuldade em jurisdições estrangeiras e proteção a funcionários e, quando aplicável, parceiros comerciais, que reportem violações ao programa de ética e *Compliance*;
  - l) revisões periódicas do programa de integridade, de forma a levar em conta as mudanças da empresa e do mercado que atua.<sup>198</sup>

A segunda é de titularidade de unidades governamentais norte-americanas, cujo escopo era avaliar os programas desenvolvidos em vista do *Foreign Corruption Practices Act – FCPA*:

- a) comprometimento da alta administração da empresa;
- b) elaboração e implementação de padrões de conduta e código de ética;
- c) análise de riscos periódica;
- d) supervisão do programa de integridade por funcionário de elevado grau hierárquico;
- e) treinamento e orientação de funcionários;

---

<sup>197</sup> Nesse ponto, acho complicado uma pessoa jurídica aplicar à terceiros, o seu programa de *Compliance*, mas ela pode selecionar àqueles que considere mais íntegros, o que considero uma conduta comprobatória da busca em prevenir a corrupção de seus parceiros; e nesse sentido, gostei da consideração de Bruno Carneiro Maeda, “[...] é importante que controles e procedimentos sejam desenvolvidos para mitigar riscos e demonstrar uma conduta diligente por parte da empresa. De modo geral, tais controles incluirão procedimentos prévios à contratação de terceiro e sistemas regulares de aprovação e acompanhamento. [...] inclusão de cláusulas específicas nos instrumentos contratuais visando a permitir o exercício de auditoria e o acompanhamento mais efetivo por parte da empresa a respeito do cumprimento, pelo parceiro, da legislação aplicável e das políticas da empresa.”; quanto à esse sistema de aprovação e acompanhamento, ele também defende ser necessário quando da própria contratação com a Administração, para que o Departamento Anticorrupção da empresa possa examinar e conferir se aquela contratação não foi beneficiada por atos de corrupção. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 190-194.

<sup>198</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 23-24.



- f) estabelecimento de canais e procedimentos para a tempestiva identificação e remediação de desvios;
- g) adoção de medidas disciplinares para casos de violação das medidas de integridade;
- h) definição de procedimentos para a tempestiva identificação e remediação de desvios;
- i) auditoria e diligências para agentes e parceiros de negócios; e
- j) monitoramento e atualização constantes do programa.<sup>199</sup>

Percebe-se grandes semelhanças<sup>200</sup> entre as duas listas acima, mas não pode perder-se de vista a necessidade de uma adaptação real e efetiva na construção e no desenvolvimento desses programas no Brasil, em especial às empresas de pequeno porte, micro empresas e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Criar um programa de *Compliance* é pensar o que incentiva a corrupção para o público e para o privado; e destrinchar as operações realizadas no relacionamento entre o público e o privado. Assim, a pessoa jurídica mapeia, conhece e explica o “caminho” da corrupção<sup>201</sup>; e pode organizar e transformar a “geografia” da sua empresa para diminuir esses “caminhos”, e naqueles que não for possível extinguir, colocar obstáculos e aumentar a fiscalização.

---

<sup>199</sup> CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/3013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 25.

<sup>200</sup> O comprometimento da alta administração “encabeça” as duas listas, e Bruno Carneiro Maeda ainda destaca que “talvez o principal fator para o sucesso de qualquer programa de *Compliance*, especialmente em matéria de anticorrupção, seja o suporte e o comprometimento da alta administração da empresa a uma postura de não tolerância a violações de conduta. [...] Além da mensagem vinda da alta administração da empresa (muitas vezes localizadas nas matrizes), é fundamental que as lideranças locais estejam igualmente comprometidas e alinhadas com o programa de *Compliance*. [...] o papel das lideranças locais é fundamental para que a mensagem da alta administração (e o programa como um todo) não seja percebida como um mero discurso ou formalidade, distante ou não aplicável à realidade local”. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 182-183. E por mais óbvio que possa parecer, eu ainda frisaria, que essa não tolerância inclui a própria alta administração e seus líderes locais.

<sup>201</sup> Essa exposição da empresa é algo muito perigoso, desse modo, e seguindo o entendimento de Bruno Carneiro Maeda, concordo que o exercício desse mapeamento seja “conduzido ou coordenado por advogados a fim de conferir proteção com base no privilégio de comunicações entre cliente e advogado”. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 190. Destaco que essa proteção é para não tornar a empresa um alvo fácil de agentes públicos corruptos ou tornar a empresa refém de funcionários ou concorrentes de caráter duvidoso, o que de modo algum torna essa proteção uma prática contrária à transparência, à busca efetiva de evitar a corrupção ou ao intento da pessoa jurídica em ser colaboradora da Administração em eventual possível investigação.

Incluir entre os critérios de contratação de novos profissionais, bem como de promoções internas de cargos, histórico de envolvimento com atos de corrupção e com sistemas de integridade, e avaliações para conhecer o nível de comprometimento ético do funcionário, além da tradicional análise de sucesso profissional e comercial; e incluir em entrevistas de desligamento da empresa, a serem conduzidas por profissionais treinados, para evitar outros riscos (principalmente na esfera trabalhista), componentes focados na detecção de violações éticas (haja vista muitas vezes o funcionário não querer se envolver enquanto ainda é empregado), também são ótimas formas de prevenir e descobrir a corrupção.<sup>202</sup>

Acredito que duas palavras são como chave, bússola e fundação para um programa de *Compliance*, quer sejam a transparência e a efetividade<sup>203</sup>; e encontro as duas em Mona Clayton, *in verbis*:

Um programa de *Compliance* **efetivo** deve levar em consideração o modelo de negócio da organização e incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Estas medidas devem ter como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a **transparência** e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa.<sup>204</sup> (grifei)

Assim, o objetivo do *Compliance* é que as pessoas jurídicas adequem suas normas internas e montem um Departamento Anticorrupção<sup>205</sup>, tendo em vista a

---

<sup>202</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 185-186 e 200.

<sup>203</sup> “Nenhuma medida ou procedimento de prevenção, por mais sofisticado que seja, poderá ser efetivo ou sobreviver a uma visão, ainda que distorcida, de que práticas antiéticas poderão vir a ser aceitas se necessárias para o sucesso da empresa. [...] passando a ser apenas um conjunto vazio de regras e procedimentos internos”. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 182.

<sup>204</sup> CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 150.

<sup>205</sup> “[...] com profissionais de nível hierárquico apropriado, recursos e acesso direto aos mais altos níveis de governança da empresa.” MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 183. Eu inclusive incluiria a participação da alta administração na liderança do Departamento Anticorrupção ou mesmo transformar a diretoria desse

extinção de toda e qualquer abertura que acarrete em sua vulnerabilidade à corrupção ativa e passiva, nacional e estrangeira (embora já esclarecido que a perfeição não é possível). Deve se adequar às regras estabelecidas pelo programa de *Compliance*, todo e qualquer sujeito que tenha relação jurídica com a empresa, independentemente de ter ou não contato com as áreas que se relacionem com as Administrações Públicas nacionais e estrangeiras, primeiro porque o Brasil vive um momento em que encontra-se presente a corrupção em todos os graus hierárquicos; e segundo porque acredito que para a eficácia de um bom programa de planejamento anticorrupção é necessário que toda e qualquer pessoa que tenha indícios de ato cometido ou que venha a ser cometido, deve saber como denunciar e que será protegido das “retaliações”, bem como todos devem saber replicar as principais questões aprendidas nos treinamentos.

Portanto, qualquer funcionário deve ter acesso à Diretoria do Departamento Anticorrupção, se assim entender necessário. Essa Diretoria deve ter acesso à todo e qualquer outro órgão da empresa. E em ambos os casos com a garantia da confidencialidade, sempre que o caso ou o confidente a exigir; e com a ausência de filtros ou intermediários. Ainda lembrando que os canais de comunicação de denúncias também devem permitir o recebimento de informações externas, por terceiros parceiros ou mesmo sem relação com a pessoa jurídica, com a mesma garantia da confidencialidade e do acesso sem filtros.<sup>206</sup>

É preciso ser humilde até para reconhecer as fragilidades, deficiências e vulnerabilidades nos relatórios, do contrário não é possível mudanças significativas. Faz-se necessário dialogar, conhecer o perfil do todo e de cada indivíduo com função relevante para tornar a pessoa jurídica íntegra ou corrupta, do contrário o

---

departamento em membros da alta administração, entendimento que também é compartilhado pela OCDE, o *U.S. Sentencing Guidelines* e Bruno Carneiro Maeda, ver em: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 183. Assim, a Diretoria do Departamento Anticorrupção não pode ter suas decisões controladas ou subordinadas hierarquicamente a outrem, inclusive no campo financeiro; logo, é preciso pensar até mesmo alguma construção de estabilidade semelhante à estabilidade sindical, para que os membros desse departamento não fiquem sujeitos às pressões e ao medo, ou sofram coações que interfiram na segurança dos seus cargos ou finanças.

<sup>206</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 185 e 199.

programa é um engodo. E para que seja efetivo, é preciso ser transparente; e acrescentaria preciso e seguro.<sup>207</sup> Assim, pensando o *Compliance* como acima explicado, concordo com Mona Clayton:

“A cultura anticorrupção ainda não está difundida no Brasil. [...] o monitoramento e análise de risco de corrupção nas empresas locais é praticamente nulo e inexistente a compreensão sobre a diferença entre controles internos rigorosos capazes de mitigar riscos e o monitoramento regular das atividades de negócio. O monitoramento do risco de corrupção é, inclusive, raramente levado em consideração na definição do escopo de auditoria interna das empresas”.<sup>208</sup>

Facilitação para desembaraço aduaneiro não é custo de mercadoria vendida, brindes para clientes ou presentes para autoridades da Administração não são custos de marketing, e dar um percentual do valor contratado a algum empregado ou servidor do contratante não é fazer o que quiser do lucro. Se o que está fazendo é moral, é legal, não coloca em risco o negócio, relate nos controles internos, livros e registros contábeis a verdade material. Agora se é preciso distorcer a verdade, é porque está se procurando justificar a ilegalidade, travestir “o jeitinho” de legalidade.

A iniciativa privada tem um papel muito importante na “prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo e competitivo pautado por

---

<sup>207</sup> Aqui estou focado na Lei Anticorrupção, nas relações com a Administração Pública, mas como já foi falado, as relações comerciais e internas também podem gerar a corrupção, bem como o *compliance* também é um critério analisado pelas empresas estrangeiras antes de efetuar operações comerciais. Assim, os programas de *compliance* também devem levar em consideração as *Due Diligences*, antes mesmo de iniciar qualquer relação com outrem, porque as empresas estrangeiras interessadas em investir no Brasil, quando procuram parceiros comerciais ou representantes brasileiros, ou empresas para realização de fusões, aquisições ou incorporações, vão analisar os riscos das operações e a ausência de um programa de *Compliance* será um ponto negativo, uma luz direcionada para os riscos de ter qualquer tipo de relação com essa pessoa jurídica. *Due Diligence*, muito resumidamente, é o conjunto de atos de investigação, atos prévios à realização de operações empresariais, contratos, parcerias, para conhecer, de forma minuciosa, a situação real, não a aparente, de uma pessoa jurídica e de suas relações internas e com terceiros, sejam eles privados ou públicos, para avaliar todos os riscos de se efetuar uma operação com outrem, como buscar as referências do parceiro, identificar os sócios, administradores, gerentes e funcionários que prestarão os serviços, a forma como são feitas suas atividades e a sua legalidade local, detalhamento do serviço a ser prestado, necessidade daquele serviço, razoabilidade do valor pago etc., havendo dúvidas, questionar o terceiro, e manter tudo documentado, por no mínimo 5 anos após o fim dessa relação.

<sup>208</sup> CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *Compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *Compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 153.

princípios éticos e de integridade”<sup>209</sup>. Agora é um bom momento para criar e fortalecer sistemas de integridade empresarial (*Compliance*). A mudança começa em nós.<sup>210</sup>

Diante dos riscos da pessoa jurídica ser atingida pelas práticas lesivas à Administração perpetradas por terceiros que sejam seus parceiros comerciais, é de suma importância que essas relações sejam regidas por contratos escritos, que não sejam um modelo genérico, mas específico para cada área e parceiro. Carlos Henrique da Silva Ayres, em análise da utilização de terceiros no âmbito do *FCPA*, sugere algumas cláusulas mínimas que recomenda-se faça parte desses contratos, *in verbis*:

- i) em que o terceiro afirme que não é funcionário público e que não tem empregados que são funcionários públicos (no caso de pessoas jurídicas), e que nenhum funcionário público controle, direta ou indiretamente, o terceiro. Ademais, caso essa situação mude ao longo da relação entre as partes, o terceiro deverá informar imediatamente o contratante;
  - ii) em que se garante ao contratante o direito de realizar auditoria no terceiro;
  - iii) que possibilitem o término do contrato se o contratante, de boa-fé, acreditar que o terceiro possa ter realizado promessas oferecido vantagens ou efetuado pagamentos indevidos. No Brasil, a aplicação desse tipo de cláusula é mais complicada, assim, recomenda-se que os contratos prevejam a possibilidade de sua rescisão unilateral;
  - iv) que tragam os principais conceitos do *FCPA* e da legislação local anticorrupção e em que o terceiro se comprometa a não violá-los;
  - v) que descrevem, de forma clara e objetiva, os serviços que serão prestados e o arranjo financeiro.
- [...] na situação de um terceiro que poderá realizar vendas para o setor público no Brasil, além de incluir as cláusulas acima mencionadas, é

---

<sup>209</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 168.

<sup>210</sup> “No Brasil, o Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade – Cadastro Empresa Pró-Ética, desenvolvido em conjunto pela Controladoria Geral da União e pelo Instituto Ethos, também contém alguns critérios de avaliação que podem ser úteis como referência por empresas na criação de programas de *Compliance*. Através do Cadastro Empresa Pró-Ética, empresas se submetem voluntariamente a um sistema de avaliação de adoção de medidas para prevenir e combater a corrupção. Vale notar que o cadastramento não proporciona benefício sob o ponto de vista legal, mas sinaliza um compromisso publicamente assumido pela empresa para a prevenção da corrupção”. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 180. Com a aprovação da Lei Anticorrupção, esse cadastro está sendo aperfeiçoado e a avaliação das empresas está suspensa, conforme se observa disposto em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/cadastro-empresa-pro-etica>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2014. 11:47. Portanto, é preciso esperar essa reestruturação para saber as vantagens e os riscos de fazer parte desse cadastro.

importante que existam mecanismos adicionais. Por exemplo, pode-se contratualmente obrigar, entre outras coisas, que o terceiro forneça periodicamente informações sobre vendas realizadas a órgãos públicos por meio de dispensa de licitação e/ou contratação por emergência, bem como informar imediatamente o contratante acerca de impugnações apresentadas por concorrentes em um procedimento licitatório em que é alegado direcionamento do edital para o terceiro.

[...] Mais além, somente se deve pagar por faturas que descrevam, de forma detalhada, todas as atividades realizadas.<sup>211</sup>

Como o próprio autor sugere no seu texto, existe muito mais a se falar, mas para tanto seria necessário um artigo específico, bem como é preciso adaptar as cláusulas diante da legislação local. Assim, em primeiro lugar, é preciso adaptar com base nas normas brasileiras, o que já necessitaria adaptação ao primeiro item, haja vista a possibilidade legal de funcionários públicos serem empregados de pessoas jurídicas de direito privado, logo o contrato deve haver a cláusula para que sejam detalhados esses empregados (e os futuros contratados na mesma situação de agente público – falo em sentido amplo do termo), bem como suas áreas na empresa e na Administração Pública, para que se possa, primeiramente, conferir se essa relação encontra-se amparada pelas normas brasileiras, e depois avaliar e prevenir possíveis riscos. E em segundo lugar, a depender das relações da pessoa jurídica com parceiros estrangeiros, ou com outros Estados estrangeiros, também é preciso adaptar às normas locais de seus países, podendo haver a necessidade de se obedecer, muitas vezes, às normas de três ou mais países.

E, por fim, além da constante revisão e atualização do programa e dos treinamentos realizados periodicamente, são indispensáveis auditorias para:

“[...] identificar possíveis violações e desvios cometidos por empregados e terceiros, bem como verificações que testem a eficácia dos procedimentos e controles implementados pela empresa. [...] verificar a adequação dos registros e documentações de suporte mantidos pela empresa, sob a perspectiva específica de legislações anticorrupção.

[...] trabalhos de auditoria envolverão a realização de entrevistas e testes de transações, [...] por profissionais com experiência na investigação e detecção

---

<sup>211</sup> AYRES, Carlos Henrique da Silva. Utilização de terceiros e operações de fusões e aquisições no âmbito do *Foreign Corrupt Practices Act*. Riscos e necessidade da *due diligence* anticorrupção. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 215-217.

de violações, [...] profissionais de auditoria, e que sejam adequadamente documentados.<sup>212</sup>

A adequada documentação não se resume aos dados físicos, mas também aos virtuais, especialmente no momento histórico que vivemos, onde quase tudo é feito em meio eletrônico, e enviado e armazenado em meio virtual. Assim, um bom programa de *Compliance* também deve implementar procedimentos de computação forense<sup>213</sup>, que deverá sempre ser acompanhado de advogado, para evitar o desrespeito aos direitos individuais e coletivos das pessoas (intimidade e dignidade por exemplo), bem como direitos trabalhistas<sup>214</sup>. Primeiro para prevenir, haja vista que o funcionário ciente de que tudo o que faz está sendo armazenado provavelmente decidirá por não infringir nenhuma norma; depois para filtrar, identificar e corrigir eventuais condutas antiéticas e ilegais cometidas; e, por último, para no momento de informar às autoridades públicas o ato ilícito cometido e compor o acordo de leniência, ficar clara a posição contra a corrupção, a efetividade no seu combate, e a disposição de dados e informações<sup>215</sup> suficientes para ajudar nas investigações.

---

<sup>212</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 198.

<sup>213</sup> Sobre computação forense ver: JABBUR, Marlon; e ATILIO, Cesar. Introdução à Computação Forense. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 285-301.

<sup>214</sup> Para maiores esclarecimentos sobre os direitos trabalhistas em programas de *Compliance* e investigações internas, ver: LION, Maurício Pepe de. Condução de investigações internas sob o ponto de vista trabalhista. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 303-315.

<sup>215</sup> Danilo Doneda difere os dados, que são as informações antes de serem transmitidas, ou seja, anterior à interpretação e ao processo de elaboração, das informações, que são carregadas de conhecimento e passíveis de criar efeitos com a transmissão dos dados armazenados. Ele também observa a existência de dados sensíveis, potencialmente lesivos e passíveis de discriminação, como raça, credo político ou religioso, opções sexuais, o histórico médico ou os dados genéticos de um indivíduo; e que as informações têm ramificações, podem ser provenientes de dados pessoais objetivos ou subjetivos, de mandamento legal (nome civil por exemplo), ou advindas dos atos realizados pelas pessoas. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152, 156-157 e 160-161. Pietro Perlingieri discorrendo sobre a informação e sua relevância jurídica, considera necessária a informação ter uma utilidade social para que possa ser apreciada, assim como encontre merecimento no ordenamento para que possa ser tutelada, tutela que deve ser realizada de forma principiológica. Segundo Perlingieri, a informação será um bem jurídico se, e quando for idônea, e em situações que tenham uma utilidade juridicamente relevante em relação a esta ou aquela atividade humana. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 235. Portanto, as informações não são carregadas apenas de valores éticos e econômicos, muitas vezes também são inerentes a elas a honra e a privacidade das pessoas, sendo gênero maior desses, os direitos da personalidade, e ainda mais genérico, a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. A

Portanto, feitas todas essas considerações, não significa dizer que uma vez identificados fatores de risco, não se deva dar continuidade a um determinado negócio jurídico, mas sim analisá-los, para saber se é o caso de buscar soluções para evitar ou diminuir os riscos e dar continuidade à atividade ou à contratação; ou se os riscos tornam a contratação indesejável ou requerem mudanças significativas naquela área.

Assim, conclui-se o capítulo sobre programa de *Compliance*, e passa à conclusão geral do trabalho.

---

tutela dos direitos da informação deve, portanto, levar em consideração esses valores e ponderá-los, de forma razoável e proporcional, com os interesses da coletividade; e, sendo a informação apta à satisfazer as necessidades coletivas e individuais e considerada um bem, é preciso gravar que as informações merecem particular atenção, devendo respeitar as normas de direito de propriedade dos dados e das informações e a tutela geral da dignidade da pessoa humana, mais especificamente os direitos da personalidade – privacidade e honra. Dito isso, o tratamento dos dados e informações com vistas ao combate à corrupção deverá ser razoável e proporcional ao fim perseguido, afetando o mínimo possível os direitos constitucionais garantidos às pessoas físicas e jurídicas.



## CONCLUSÃO

Conforme visto, seja na criação do mundo – segundo a versão bíblica –, ou na história geográfica, política, social e jurídica, a humanidade sofre com a corrupção do ser humano<sup>216</sup>.

A Lei Anticorrupção não é perfeita, infelizmente têm regressões e gera muita insegurança, em alguns casos apenas repete o já existente, mas é paradigmática, principalmente diante da sua origem: 1) como projeto, teve seu início pela pressão do mercado econômico internacional e do intento internacional em diminuir a corrupção nas relações entre a iniciativa privada, a Administração Pública e as Organizações Internacionais, em todo o mundo; e 2) como Lei, no histórico-social das manifestações populares de 2013, que concretizou a força do povo que tornou em Lei, em questão de meses, um projeto que já tramitava há três anos no Legislativo.

Assim, a Lei Anticorrupção reforça o arcabouço já existente de combate à corrupção e de legalização do que a sociedade acha ser moral e ético na relação do interesse público<sup>217</sup> com o privado, que deve ser harmônica e sem nenhum tipo de supremacia, mas de ponderação.

É uma nova lei, onde se depositou a “fé”<sup>218</sup> da mudança da cultura e da *ratio* das partes dessa relação entre o público e o privado. Mas é certo que o combate à corrupção depende muito menos de leis e muito mais das partes envolvidas nessa relação entre público e privado.

---

<sup>216</sup> Melillo Diniz do Nascimento, discorrendo sobre teorias jurídicas da corrupção, aponta a vinculação da proporcionalidade inversa entre corrupção e modernização, ou seja, a corrupção prejudica o desenvolvimento das sociedades, o fortalecimento institucional e sua modernização. NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 74-83.

<sup>217</sup> Um interesse público que não é contrário ao privado, mas é a coletividade dos interesses privados. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2014. p. 59-62.

<sup>218</sup> Dos versículos 1 a 3 do capítulo 11 do Livro de Hebreus podemos entender o perfeito conceito de fé: “Ora, a fé é certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem. Pois, pela fé, os antigos obtiveram bom testemunho. Pela fé, entendemos que [...] o visível veio a existir das coisas que não aparecem”. BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada, 2ª. ed. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006. p. 337.

Logo, o Administrado deverá mudar muitos dos seus conceitos do que é moral; adaptar a gestão dos seus negócios e rever seus relacionamentos comerciais; ser ético e íntegro, prevenir, fiscalizar e punir atos antiéticos e não íntegros que por ventura alguma figura vinculada à sua pessoa jurídica tenha cometido; e pensar mais no coletivo e menos nos lucros, rumo a um Brasil mais sério e menos corrupto.

Outrossim, a Administração Pública precisa interpretar e aplicar a Lei Anticorrupção com muita sabedoria, razoabilidade e proporcionalidade. Seus agentes não podem ser acusadores, ou partirem do pressuposto de que o administrado é culpado. Urgentemente o Executivo precisa regulamentar<sup>219</sup> a nova lei; e o Judiciário precisará arrancar as arestas e polir a norma, para que resplandeça sobre a sociedade o brilho da luz da incorruptibilidade que se persegue.

De certo que, sem a menor sombra de dúvida, o Brasil não precisava da Lei Anticorrupção, prova disso é que passados mais de um ano, ela quase não foi aplicada e sequer foi regulamentada. A simples união das normas antes existentes e sua efetiva fiscalização e aplicação eram suficientes. Mas a Lei foi criada, e em concreto foi boa, porque colocou a comunidade jurídica e empresária preocupada, pensando, debatendo, e o principal, mudando e incluindo na gestão dos seus negócios, práticas anticorrupção, o que por si só já foi um grande avanço. No entanto, se a Lei nova ficar no desuso, ou tiver um uso desviado das suas finalidades precípuas, de nada terá sido válida, porque o mercado voltará às velhas condutas corruptas.

Outrossim, nenhuma Lei conseguirá impedir totalmente, extinguir a corrupção, mas acredito que a Lei Anticorrupção vai tornar mais difícil a concretização da corrupção, bem como tornará ela menos vantajosa.

Agora caberá à sociedade exercer seus direitos e garantias constitucionais de modo a fiscalizar quem fiscaliza e não permitir que o fiscal da corrupção seja corruptor ou corrompido.

---

<sup>219</sup> Até dia 21 de fevereiro de 2015, às 11h, não havia regulamento publicado.

E, por fim, quero concluir parafraseando Rogério Greco, que embora falando sobre Direito Penal, se encaixa com maestria à Lei Anticorrupção, *in verbis*:

Diariamente assistimos aos telejornais, cujos âncoras, efusivamente, atribuem a chamada “onda de criminalidade” à falta de rigor das leis penais, como se não houvesse rigor suficiente. A cada dia, nossos congressistas, com finalidades eleitoreiras, criam novas infrações penais, almejando, com isso, satisfazer os desejos da sociedade, que se deixa enganar pelo discurso repressor do Direito Penal. Não se iluda, pois o Direito Penal não é a solução para qualquer problema. O problema está na natureza do homem, que é má. Por isso, somente Deus pode resolver todos os problemas da humanidade. Se praticarmos o Seu mandamento – “que vos ameis uns aos outros; assim como eu vos amei...” (João 13:14) – a sociedade será outra. Não haverá corrupção, mortes, injúrias, enfim, se seguirmos Suas lições, se o homem se voltar para Deus e tiver temor a Ele, todos os problemas serão eliminados.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral (artigos 1º a 120 do Código Penal)*. 16ª ed. v. 1, Rio de Janeiro: Impetus, 2014. Nota do Autor.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Coordenadores). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.033-1.067.

AYRES, Carlos Henrique da Silva. Utilização de terceiros e operações de fusões e aquisições no âmbito do *Foreign Corrupt Practices Act*: Riscos e necessidade da *due diligence* anticorrupção. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 203-235.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*; tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BÍBLIA. Português. *Bíblia de Estudo Almeida*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Revista e atualizada, 2ª. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 13-28.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 149-166.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Corrupção na História do Brasil: Reflexões sobre suas origens no período colonial. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 1-20.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). Comentários ao projeto de lei nº 6.826/2010 – Comitê Anticorrupção e Compliance (relatório enviado, em novembro de 2011, à Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/2010). In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES,

Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 317-349.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, COSTA; Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à Lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional e estrangeira. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29-58.

FERRARI, Ed Luiz. *Contabilidade Geral*. 13ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (org.). *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 1-66.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral (artigos 1º a 120 do Código Penal)*. 16ª ed. v. 1, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JABBUR, Marlon; e ATILIO, Cesar. Introdução à Computação Forense. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 285-301.

LION, Maurício Pepe de. Condução de investigações internas sob o ponto de vista trabalhista. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 303-315.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 167-202.

MARÇAL, Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2014.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 11-12.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 59-116.

PAGOTTO, Leopoldo. Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; e AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 21-43.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. *Revista CEJ*. Brasília, nº 36, janeiro/março, 2007, p.30-38. Disponível na Internet: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/743/923>>. Acesso em: 10 de abril de 2014. 17:49.

REOLON, Jaques Fernando. Sanções do Controle Externo. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 117-156.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VASCONCELOS, Frederico. PGR cria unidade para repatriar dólares bloqueados de atividades criminosas. Folha de São Paulo, São Paulo, 3 jan. 2014. <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/01/1392636-pgr-cria-unidade-para-repatriar-dolares-bloqueados-de-atividades-criminosas.shtml>>. Acesso em: 19 de novembro de 2014. 15:41.

WALD, Arnoldo, GAENSLY, Marina. Concessão de rodovias e os princípios da supremacia do interesse público, da modicidade tarifária e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 97, v. 877, p. 11-26, nov. de 2008.