

COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO: ASPECTOS GERAIS

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

1 Breve histórico e conceito de corrupção

A literatura trata do conceito de corrupção há muito tempo, e de modo diversificado. Tal abordagem trilha múltiplos caminhos, entre eles o histórico, cultural, econômico, sociológico, jurídico, filosófico. Existe também abundante produção literária e doutrinária quanto às causas, raízes e consequências desse fenômeno. Entre o vasto material que se propõe ao estudo da corrupção, podemos aqui citar como referências clássicas os trabalhos de *Raimundo Faoro*,¹ *Gilberto Freyre*,² *Sérgio Buarque de Holanda*,³ *Fábio Medina Osório*⁴ entre outros, no Brasil. Contudo, até mesmo entre os mais respeitados trabalhos, persistem as divergências quanto aos enfoques, vertentes analíticas, causas, conceitos e consequências da corrupção.

No âmbito internacional, debate semelhante aponta idêntica dificuldade no tocante à criação de unidade de teorias, o que acaba por dissolver a corrupção em múltiplas disciplinas e revelar sua interface com a moral, a religião, a ética, a economia, o direito, a sociologia e outras áreas do conhecimento.⁵

¹ FAORO, Raimundo. *Os donos do Poder: formação do patronato político*. 5. ed. Globo. 2012.

² FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 34. ed. Record. 1998.

³ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. Companhia das Letras, 2006.

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 3. Revista dos Tribunais, 2013.

⁵ Em geral, o tema que ocupa a pauta de doutrinas internacionais é a corrupção, uma espécie muito difundida de má gestão pública. Repare-se em alguns dos doutrinadores internacionais que tratam do tema: HEIDENHEIMER, Arnold J. Topografía de la corrupción: investigaciones

A história da corrupção, embora antiga, o é desde pontos de vista sociológicos e éticos, culturais ou filosóficos, não exatamente jurídicos, na medida em que as próprias leis – nos moldes hoje concebidos – constituem produtos relativamente recentes na trajetória da humanidade, remontando mais diretamente à Revolução Francesa como produto da modernidade e elemento fulcral da separação de poderes.⁶

Ainda que o estudo do fenômeno da corrupção não seja uma novidade, cabe observar que a corrupção tem sido um dos temas centrais do processo comunicativo de globalização, unindo esforços e energias internacionais, tanto para o seu combate quanto para a implementação, difusão e fortalecimento de ferramentas preventivas e de diagnóstico precisos, visando objetivos comuns aos povos civilizados e democráticos.⁷

Ao ganhar destaque, o desenvolvimento de estudos mais modernos que tratam do fenômeno da corrupção se depara com dois pontos: o primeiro é a necessidade de que se formulem novas formulações nas políticas públicas, de modo que se evite a propagação dos atores e processos corruptos e corruptores; o segundo é a identificação de que se trata de uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária tão carregada e pesada quanto a corrupção pública e muito menos no restrito conceito jurídico ou jurídico-penal. Os inúmeros fatores observados revelam uma limitação do olhar, fruto de uma percepção míope do fenômeno, não apenas porque a corrupção se enraíza em fatores multicausais ligados a fenômenos diversos, embora próximos, mas também porque os fenômenos patológicos que se conectam à desonestidade e à ineficiência

em uma perspectiva comparativa. *Revista Internacional de Ciências Sociais*, n. 149, sep. 1996; MENY, Yves. *La corruption dans l'avi publique in problèmes politiques et sociaux: Dossiers d'actualité mondiale*, La documentation française, Paris, n. 779, 24 janvier 1997; CASSESE, Sabino. *Crisis y transformaciones del derecho administrativo*. Documentación Administrativa, n. 250-251, p. 215-225, ene./ago. 1998. NIETO, Alejandro. *El desgobierno judicial*. 3. ed. Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid: Trotta, 2005; PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma: Tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3. ed. Milano: R.C.S. Libri S. p. A., 1999.

⁶ O fenômeno jurídico – ou o fato juridicamente relevante – é apenas uma das facetas possíveis da vida em sociedade, nem sempre a mais frequente. Daí que, não raro, confunde-se uma abordagem sociológica ou política com a literatura de um fato ou fenômeno jurídico, em face de a nomenclatura dada ao objeto de estudos ser idêntica. Sem embargo, a corrupção, para firmarmos como esse exemplo, pode ser objeto de um foco sociológico, político, histórico, econômico, religioso e, inclusive, jurídico. Neste sentido consulte-se a clássica obra de FREUND, Julien. *L'essence du politique. Philosophie politique*. Sirey, 1965. Em sentido semelhante, OSÓRIO, Fábio Medina *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 3. Revista dos Tribunais. 2013.

⁷ *Ibidem*.

funcionais merecem exame global, indicando necessidade constante de recortes epistemológicos.⁸

Urge perceber, desde logo, que tratar de corrupção é tarefa complexa, razão pela qual o foco do presente artigo é, nesta etapa introdutória, analisar a corrupção relacionada à má gestão pública e sua interface com o “compliance” como mecanismo de proteção das pessoas jurídicas e de prevenção e repressão dessa patologia. Ainda assim, impende destacar que a extensão do conceito de corrupção, ao contrário do que parece fluir nos meios de comunicação social, não se limita à má gestão pública, até porque existem outras figuras jurídicas dignas de relevância e funcionamentos muito eficazes.

Diante das decisivas e imprescindíveis contribuições dos historiadores, tais como Perelli⁹ e Nencini,¹⁰ destaca-se que, embora não definissem com precisão a *podridão* moral na Antiga Roma, a “*corrupção*” já era relacionada aos maus costumes no ambiente da administração pública. As notícias desta *podridão*, desde os tempos remotos, levam à conclusão de que a corrupção é um mal dos homens, não dos tempos. O elemento ético-normativo, ou moral, é indissociável de qualquer conceito que se queira atribuir a esse fenômeno.

Com base no entendimento de que a corrupção é um mal dos homens é que surge o questionamento: como avaliar essa *podridão*, senão através de seu contraste com valores do universo normativo vigente em determinado contexto histórico? Evidente que se poderia avaliar esta resposta em numerosas correntes filosóficas para discutir o sentido da moralidade, mas aqui se parte de uma premissa de julgamento ético do indivíduo por sua coletividade, transcendendo o regramento jurídico. Esse julgamento pode recair também sobre as empresas, evidentemente, e suas condutas ativas ou omissivas.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Consulte-se a obra fundamental do autor PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma: tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3. ed. Milano: R.C.S. Libri S. p. A., 1999, uma das mais respeitadas referências no assunto. Disse o autor que “se prima del III secolo avanti Cristo abbiamo scarze notizie di corruzione, ciò deriva del fatto che per quel período mancano testimonianze a idealizzare il passato. Ma quando arriviamo alla prima produzione letteraria consistente che costituisce un documento diretto dei tempi, cioè alle commedie di Plauto, intorno al 200 A.C., troviamo ampia testimonianza di malcostume nella gestione degli affari privati e pubblici”. O que se supõe, portanto, com esta afirmação é que a corrupção é um fenômeno dos homens, não dos tempos. Consulte-se ainda JEANNENEY, Jean-Noël. *Historie de la corruption. La corruption internationale*. Paris, 1999, p. 57-62 e MIRRI, Maria Beatrice. *Corruzione: enciclopedia giuridica*. Roma, 1998, p. 1-12, para uma visão histórica sumária do fenômeno, sem discrepâncias fundamentais quanto à evolução do problema e suas novas dimensões no século XX.

¹⁰ NENCINI, Ricardo. *Corrotti e corruttori nel tempo antico*. Ed. Shakespeare and Company, 1993.

A corrupção revelava uma *podridão* ética do homem em face dos valores sociais e morais vigentes em seu tempo histórico, traduzindo uma espécie de decomposição de seu espírito. Porém, Montesquieu trouxe esse conceito para um âmbito institucional, para revelar esta expressão como fórmula de decomposição das instituições.¹¹ O que se observa é uma transposição do campo moral para o institucional na abordagem de Montesquieu.

É na formação do Estado Moderno que o fenômeno da corrupção adquire dimensões dramáticas a partir da ideia de separação das esferas pública e privada e, bem assim, das limitações jurídicas ao exercício dos poderes públicos.¹²

Mais especificamente, a preocupação com o fenômeno da corrupção ganha maior dimensão – e isso não deixa de impressionar – a partir dos anos 60 do século XX, como reação aos escândalos produzidos pelo caso Lockheed: a fabricante de aviões civis e militares Lockheed Martin pagou subornos milionários na Europa e em outros países para obter contratos e veio a ser alvo de uma grande investigação em território americano, daí emergindo a necessidade de normas transnacionais, com eficácia extraterritorial.

Nesse contexto, surgem os instrumentos internacionais, editados por entidades supranacionais, com o propósito de uniformizar e conferir efetividade ao combate à corrupção pública e privada, o que será detidamente analisado no tópico 5 deste ensaio acadêmico. Os Estados Unidos da América, de modo muito pragmático, impulsionaram outros países, e mesmo a comunidade internacional, a editar leis anticorrupção, porque percebeu que essa patologia seria prejudicial à economia de mercado.

De toda forma, o conceito de corrupção de que se valem os organismos transnacionais não é exclusivamente penal, tampouco administrativo, mas sim ético-sociológico, o que o torna apto a ser ajustado em múltiplos ordenamentos jurídicos. O conceito prevalente passou a ser a utilização de poderes públicos, por agentes governamentais, para atingir interesses privados, tema que será abordado mais detidamente em tópico autônomo.¹³

E veremos que as diretrizes internacionais para o *compliance* anticorrupção seguem o mesmo caminho, conquanto previstos em

¹¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Abril Cultural, 1993.

¹² JIMENEZ DE PRAGA, Manuel. *La corrupción en la democracia*. Alianza, D.L., 1997.

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. Revista dos Tribunais, 2013.

instrumentos de Direito Internacional. Isso porque, em muitas hipóteses, no caso do Brasil, constituem referências ético-normativas para as empresas e balizas vinculantes para o Estado-legislador. Nos conceitos ético-sociológicos, ou ético-normativos de corrupção, são abarcadas inúmeras condutas, inclusive aquelas atípicas do ponto de vista jurídico (quando vistas do ângulo do direito interno de um determinado país).

Não por acaso, devemos recordar da clássica divisão de Heidenheimer em corrupção *branca, negra e cinza*, classificação esta que leva em consideração a percepção das elites e da opinião pública em relação aos níveis de transgressões e qual seu enquadramento normativo.¹⁴

2 O Brasil e o microsistema jurídico de combate à corrupção

Os atos de corrupção minam o interesse público em sua essência, provocando descrença no Estado e naquela que é a ideia-matriz de nossa Constituição: a de que vivemos em uma República, na qual a Lei se aplica a todos indiscriminadamente. Ocorre que ilícitos da espécie importam não só em danos graves ao erário, como também em afronta direta aos valores e direitos fundamentais da ordem jurídica vigente, devendo, por isso, ser combatidos por variados ramos do Direito.¹⁵

¹⁴ Recorde-se HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political corruption: reading in comparative analysis*. New York: Ed. Rinehart and Winston, 1970. HEIDENHEIMER, Arnold J. Topografia de la corrupción: investigaciones en una perspectiva comparativa. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n. 149, sep. 1996 e os tradicionais pontos de vista classificatórios. A mais comum de todas as modalidades talvez seja, curiosamente, a chamada “corrupção branca”, aquela que se infiltra sorrateiramente nas instituições, ganhando ares de oficial e institucionalizada. É a dita corrupção dotada de roupagem legal ou institucional, projetada de modo sutil na sociedade, sem comportar os mesmos remédios destinados àquelas modalidades mais ostensivas. Por estar acobertada, essa espécie de “corrupção” talvez seja a mais nefasta de todas, com efeitos invisíveis e culturais muito importantes, dificultando quando não inviabilizando seu controle e contenção.

¹⁵ Para a Organização das Nações Unidas, a corrupção impõe uma série de problemas, “which may endanger the stability and security of societies, undermine the values of democracy and morality and jeopardize social, economic and political development”. Como se não bastasse, há forte relação “between corruption and other forms of crime, in particular organized crime and economic crime, including moneylaundering”, mais uma razão pela qual deve ser combatida. Cf. UN. *Resolution on Action Against Corruption*. 12 Dec. 1996. No mesmo sentido está a Organização dos Estados Americanos, quando assevera que “the Member States of the Organization Of American States, convinced that corruption undermines the legitimacy of public institutions and strikes at society, moral order and justice, as well as at the comprehensive development of peoples; considering that representative democracy, an essential condition for stability, peace and development of the region, requires, by its nature, the combating of every form of corruption in the performance of public functions, as

A incidência da corrupção em países em desenvolvimento é mais frequentemente endêmica, já que os ambientes costumam ser propícios à proliferação sólida e impune de práticas espúrias, sem controles e com pouca transparência.¹⁶

Entre os ramos do Direito, dois deles se sobressaem no protagonismo, em geral, no tratamento repressivo à corrupção. Trata-se do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

well as acts of corruption specifically related to such performance; persuaded that fighting corruption strengthens democratic institutions and prevents distortions in the economy, improprieties in public administration and damage to a society's moral fiber; recognizing that corruption is often a tool used by organized crime for the accomplishment of its purposes, [...] determined to make every effort to prevent, detect, punish and eradicate corruption in the performance of public functions and acts of corruption specifically related to such performance", para estatuir o seu **Inter-American Convention Against Corruption**. 29 Mar. 1996. Essa convenção foi, inclusive, internalizada pelo ordenamento jurídico pátrio por meio da seguinte normativa: BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, bem como a União Européia, não destoam: "it is obvious that corruption is an important threat to democratic institutions and processes. It has negative political, economic and social consequences. Politically, it lowers the quality of democracy and governmental performance and creates negative social capital. When corruption is high, there is no political equality, and preferential treatment for the most corrupt is the rule in political regimes where corrupt networks hold the power. In highly corrupt countries, corrupt politicians and civil servants have an interest in maintaining an inefficient public administration, because they can then selectively offer protection from the inconvenience of this inefficiency. Corruption requires trust among the actors who take part in illegal exchanges; this trust favours the spread of dense social networks, but these networks are synonymous with patronage, personal clienteles and bribery. Political corruption feeds and reproduces these networks. Economically, corruption impedes development and discourages investment. Socially, it promotes economic and psychological inequality and spreads parochial and particularised, exclusive trust. Particularised trust prevents the development of generalised and inclusive trust, and generalised trust is essential for social solidarity and fair policy-making. To sum up, citizens' dissatisfaction with the functioning of governments and political parties has quickly translated into falling levels of satisfaction with democracy, falling levels of generalised trust, and increasing levels of popularity of populist candidates and extremist parties. In a well functioning democratic system there is a basic principle, which is that politics should be about identifying and promoting the general interest while respecting the pre-established rules of the game. Politicians should remember that principle. Civil servants should also bear it in mind when they participate in the formulation of policies and whenever they make decisions, prepare or implement those decisions and evaluate them. Disregarding that principle is one of the causes of the low confidence in basic democratic institutions and one of the most important reasons why most citizens in some countries are not satisfied with the functioning of their democracies". OECD; EU. **Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review**. 18 Jun. 2007, p. 7-8. Sigma. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma\(2006\)1/rev1](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=gov/sigma(2006)1/rev1)>.

¹⁶ Jonathan Moran centra seus estudos no fenômeno da corrupção nos países em desenvolvimento, focando o caso da Coreia do Sul, onde os níveis de transgressão chegaram a patamares elevados e, hoje, se encontram razoavelmente sob controle, segundo noticiários internacionais. MORAN, Jonathan. *Corruption and NIC development: a case study of South Korea*. *Crime, Law and Social Change*. The Netherlands, Kluwer, v. 29, n. 2-2, 1998.

Sob o influxo do Direito Administrativo, entabulam-se relações, apropriadamente denominadas de relações de administração, nas quais ao sujeito ativo se impõe um dever, ao invés de um poder, que se sobrepõe à autonomia da vontade do agente. A essa relação jurídica, "que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração".¹⁷ A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico passivo.¹⁸

Sustentamos que o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público, constituído por normas de organização e normas de comportamento, que se aplicam às administrações públicas, ao Poder Executivo, em todas as esferas, regulando suas relações entre si, com os demais poderes, órgãos estatais e com os administrados, bem como incidindo sobre a função materialmente administrativa de qualquer entidade pública ou privada.¹⁹

Já quanto ao conceito de sanção administrativa, apresentamos o seguinte conceito: "Consiste a sanção administrativa em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica,

¹⁷ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. Malheiros, 2007, p 105: "Concebe-se geralmente a relação jurídica como expressão de um poder do sujeito de direito sobre um objeto do mundo exterior, seja aquele uma coisa existente per se, seja uma abstenção ou um fato, esperados de outro sujeito. Nessa concepção da relação jurídica, sem dificuldade se compreendem todas as variedades de que a noção de direito subjetivo é suscetível. Nela, não parece possa compreender-se, porém, nenhuma espécie de relacionamento jurídico, no qual se suponha, ao sujeito ativo, um dever, ao invés de um poder, sobrepondo-se-lhe à autonomia da vontade, o vínculo de uma finalidade cogente. Alguns momentos de reflexão, entretanto, tornam, para logo, evidente que, entre essa espécie de relacionamento jurídico e a que se exprime pelo conceito corrente, a diferença apurável nada tem de essencial. O que se denomina "poder" na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites dessa mesma relação. Limite-se ainda mais a liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente, e a relação se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais. A relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração".

¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”.

Quando à perspectiva jurídico-penal brasileira, há deveres gerais de obediência a regras de conduta e a não violação de tipos penais que protegem valores importantes à coletividade, cuja vigência é assegurada por instituições de controle e fiscalização.

No caso do Direito Penal, a corrupção está prevista no artigo 317, *caput*, do Código Penal,²⁰ o qual cuidou da repressão penal em face da conduta censurável do funcionário público que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida para virtual, potencial ou futura prática ou omissão de ato ou fato relacionado com a função pública. A leitura do dispositivo evidencia que se trata de um crime formal, ou seja, de consumação antecipada e independe do resultado, como assentam doutrina e jurisprudência.²¹

Em sede jurisprudencial e em sentido semelhante, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que não é necessária a prática do chamado “*ato de ofício*” para configurar o delito de corrupção passiva. Por esse posicionamento, o tipo que descreve a prática da corrupção se alargou ao admitir que basta a perspectiva de um ato decorrente das atribuições funcionais do agente público. A nova configuração legal partiu do voto de Joaquim Barbosa na Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como Mensalão e que consolidou a jurisprudência no sentido de que não se exige a prática efetiva de um determinado ato de ofício.

O microsistema jurídico de combate à corrupção, de modo abrangente, envolve combate não apenas ao conceito jurídico-penal de corrupção, mas também a ilícitos que remetam às violações de deveres funcionais correlatos. Da mesma forma deve ser tratado o Direito Administrativo Sancionador²² de ilícitos contra a função pública, à

²⁰ Art. 317, CP: “solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mais em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

²¹ “Habeas Corpus. Corrupção passiva. Trancamento de ação penal. Ausência de justa causa. Materialidade. Crime formal. Ordem denegada. 3. Concluir pela ausência de justa causa, por força da insuficiência de elementos sobre a materialidade delitiva, com base na não apreensão das quantias supostamente recebidas, não é medida apropriada frente a natureza formal do delito de corrupção passiva, que se consuma pela simples solicitação da vantagem ilícita.” (STJ, HC nº 176058 PA, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 16.08.12).

²² Vale lembrar que o Direito Administrativo Sancionador é o ramo que cuida das infrações e das sanções de Direito Administrativo, seja formal, seja materialmente considerado. Assim, não importa, aos efeitos desse conceito aqui vertido, que o órgão aplicador seja a Administração Pública ou o Judiciário. E tanto isso é verdade que, no caso dessa Lei Anticorrupção, as

ordem econômica, à ordem tributária, ordem consumerista, mercado de capitais, sistema financeiro nacional, livre concorrência, entre outros valores correlatos a interesses difusos e coletivos.

Veja-se que na própria Constituição de 1988 já se prevê que as convenções de direitos humanos devem ser interpretadas como instrumentos de luta contra a corrupção, pois políticas públicas relacionadas à saúde, educação, segurança, ordem econômica, tributária, e tantas outras necessidades coletivas, resultam deterioradas pela corrupção. Numa linha evolutiva, o microsistema repressivo pode ser percebido como um conjunto de normativas voltadas ao combate à corrupção, destacando-se: Código Penal, Lei dos Crimes de Responsabilidade, Lei da Ação Popular, Decreto-Lei dos Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, a Lei da Comissão de Valores Mobiliários, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei da Defesa da Concorrência, a Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, a Lei da Ficha Limpa, a Lei de Acesso à Informação, a Nova Lei Antitruste, a Lei de Conflito de Interesses, a Lei de Proibição Empresarial, e a Lei de Organização Criminosa, para ficarmos apenas com algumas das mais importantes.

Paralelamente à legislação, observa-se um conjunto de entidades públicas e órgãos de controle com legitimidade para promover o combate à corrupção, são eles: Ministério Público, Banco Central, Ministério da Transparência (antiga CGU); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Tribunal de Contas dos Estados (TCEs); Polícia Federal (PF); Receita Federal; Conselho de Atividades Financeiras (COAF); Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Tribunal de Contas da União (TCU), entre outros.

Acrescente-se, ainda, que a novel legislação nacional anticorrupção (Lei nº 12.846/2013 e o Decreto nº 8.420/2015) incluem os atores privados, particulares e empresas no centro da arena de combate à corrupção, permitindo a colaboração e o controle efetivo destes agentes.

O desafio imposto às pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, é compreender esse ambiente normativo, bem como se adaptar à Era Lava Jato,²³ em que múltiplas instituições atuam conjuntamente,

sanções previstas no seu art. 6º podem, nas hipóteses de omissão, vir a ser aplicadas pela via da ação civil pública.

²³ A operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, com a investigação perante a Justiça Federal em Curitiba de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, a Lava Jato já apontou irregularidades na Petrobras, maior estatal do país, bem como em contratos vultosos, como

valendo-se de novas ferramentas legalmente previstas, tais como: delação premiada, acordo de leniência, medidas cautelares, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a interceptação telefônica, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, entre outras.

3 O sistema jurídico de responsabilidade objetiva de empresas pela prática de atos corruptos

A respeito deste tópico atinente ao sistema jurídico de responsabilidades e sancionamentos impostos aos envolvidos em práticas ilícitas, é importante frisar que, no campo do Direito Penal Ambiental, já se contemplava a possibilidade de responsabilidade objetiva de pessoa jurídica a partir da regulamentação legal implementada em 12 de fevereiro de 1998, com a promulgação da Lei Federal nº 9.605.²⁴

No Direito Administrativo Sancionador, sempre foi cabível a responsabilidade de pessoas jurídicas por ilícitos, nas mais diversas áreas, mas a aplicação da responsabilidade objetiva por atos de corrupção veio a ser expressa partir da Lei nº 12.846/2013 – conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial – uma vez que, em seu artigo 1º, contempla “a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública”.²⁵

o da construção da usina nuclear Angra 3. Possui hoje desdobramentos no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, além de inquéritos criminais junto ao Supremo Tribunal Federal para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados. Maiores detalhes em <www:http://www.mpf.mp.br>.

²⁴ O artigo 225, §3º, da Constituição da República estabelece textualmente que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Nesse sentido são os precedentes: STJ. 6ª Turma. RMS nº 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015 (Info 566). STF. 1ª Turma. RE nº 548181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6/8/2013 (Info 714), bem como a Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

²⁵ 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. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do 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.

No entanto, há de se ressaltar que se trata de uma espécie de responsabilidade por culpabilidade por organização defeituosa.²⁶

A lei (que designo como Lei da Probidade Empresarial) prevê, no art. 7º, VII,²⁷ a possibilidade de atenuação ou até mesmo o afastamento da sanção inicialmente cogitada, ao estatuir a obrigatoriedade de as pessoas jurídicas adotarem e contemplarem em suas estruturas “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”, instrumentos esses que, em seu conjunto, integram o que se pode denominar *compliance* anticorrupção efetivo.²⁸

Quanto aos destinatários e sujeitos passivos, questiona-se: quais pessoas estão expostas à incidência da Lei de Probidade Empresarial? Todas as que mantiverem alguma espécie de vínculo com o Poder Público, dele recebendo recursos? Não necessariamente. Ante a leitura da lei, compreendo que está sujeito aquele que pratica ilícito contra a Administração Pública e Improbidade Administrativa. Daí a importância, nesse contexto, de uma interpretação restritiva dos tipos sancionadores contidos na própria lei. Em que pese a previsão de abarcar toda e qualquer sociedade simples e empresária, penso que sabidamente a Lei nº 12.846/13 não se aplica a determinadas modalidades de pessoas jurídicas, como é o caso dos escritórios de advocacia, os quais integram

²⁶ A culpabilidade das pessoas jurídicas remete à inevitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal. Pensamos que o mais correto seria dizer que as decisões das pessoas jurídicas podem ser valoradas à luz de critérios objetivos próprios da análise das condutas culposas: atuou razoavelmente a pessoa jurídica, observando todos os deveres objetivos de cuidado? Tal indagação poderia expressar no fundo uma exigência de mínima culpabilidade (...). Nada impede que a lei ou as normas contratuais estabeleçam sistemas de responsabilidade fundados na teoria do risco da atividade ou de outros critérios que embasam a responsabilidade objetiva, especialmente dentro da liberdade de configuração legislativa, com fundamento na proteção de interesses coletivos, ajustando-se ao princípio da proporcionalidade. Se há obrigações da pessoa jurídica alcançar determinados resultados ou evitar certos efeitos ou atos, resulta possível sancionar as omissões ou ações violadoras desses preceitos de forma objetiva, desde que tal perspectiva derive, explícita ou implicitamente, da norma aplicável ao caso concreto. Osório, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

²⁷ “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: 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; X – (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.”

²⁸ INTERNATIONAL COMPLIANCE ASSOCIATION. What is compliance? Disponível em: <https://www.int-comp.org/careers/a-career-in-compliance/what-is-compliance>.

o rol dos prestadores de serviços essenciais à Justiça, ao lado dos membros do Ministério Público e da magistratura (art. 133 da CF). É isso porque magistrados, advogados e membros do Ministério Público já estão submetidos aos ditames republicanos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e à legislação de regência dos crimes contra a Administração Pública, não podendo sujeitar-se às penalidades próprias às pessoas jurídicas privadas desenhadas na lei.²⁹

Assim, constitui requisito para incidência da Lei nº 12.846/13 a necessidade de que as pessoas jurídicas pratiquem atos atentatórios à Administração Pública, nacional ou estrangeira, na modalidade de improbidade administrativa ou crime contra a Administração Pública, e esse já seria um fator de restrição conceitual ao campo de incidência da lei.³⁰

Adota-se, na lei, um sistema de imputação objetiva. Cuida-se de teoria funcionalista do Direito Sancionador.³¹ Desta forma, a pessoa jurídica será responsável na eventualidade de que sua conduta gere riscos proibidos. E isso dependerá muito do papel a ser desempenhado pela empresa no contexto social e de sua responsabilidade, comprometimento social voltado ao combate à corrupção. Para tanto, será fundamental valorar os deveres de cada empresa e a dimensão de suas atividades, assim como as regras e mecanismos corporativos (*compliance*) que presidem sua atuação proba e eficiente.³²

Nessa perspectiva funcionalista, o ilícito pressupõe, já no âmbito da tipicidade, violação às expectativas sociais quanto à manutenção da vigência da regra. Ações não perigosas jamais podem ser consideradas típicas. O resultado lesivo também há de estar conectado ao risco criado

²⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Proibidade empresarial: Lei 12.846/13. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região*. v. 1, n. 1. out. 2014. Ed: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014.

³⁰ Nesse contexto, devo relembrar o conceito de sanção administrativa, que introduzi no Brasil em 1999 e tem sido aceito nos Tribunais: Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeito ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

³¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Direitos imanes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2008, p. 149-166.

³² *Ibidem*.

e a repercussão social, política e econômica. As sanções adquirem um caráter utilitarista, inclusive em consonância com linguagem econômica do Direito, para além dos vetores clássicos importados de parâmetros de referência mais específicos.

4 Os destinatários da norma e a atenuação, exclusão de responsabilidade. O *compliance* anticorrupção, programa de integridade ético-corporativa

Sabe-se que o conceito de *compliance*³³ remete a categorias amplas. Ricardo Cueva trouxe à tona, nesta obra, um brilhante estudo muito elucidativo sobre conceito e funções do *compliance*, ao qual me reporto.

Como tratado anteriormente, a Lei nº 12.846/13 prevê no artigo 7º, inciso VIII, que os programas de *compliance* se constituem em mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. O dispositivo aludido se deve em grande parte ao disposto no artigo 12, 2, f, do capítulo II, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção,³⁴ adotando medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado.

Curioso constatar que a maioria – senão a totalidade – das grandes empresas flagradas na Operação “Lava Jato” (tida como a maior operação anticorrupção da história do Brasil e uma das maiores do mundo) tinha “programas de *compliance*” em andamento.

Contudo, tratava-se do *compliance* “de fachada”, definido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) como aquela espécie de programa superficial ou mascarado, ou seja, aquele programa que não é aplicado na cultura corporativa da empresa ao ser ignorado por colaboradores, dirigentes, fornecedores, ou pessoas ligadas à empresa. A autarquia ainda dispõe em seu guia que:

³³ Aqui adota-se o conceito ditado pelo CADE em seu Guia: “Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>.

³⁴ <Art. 12 As medidas que se adotem para alcançar esses fins poderão consistir, entre outras coisas, em: f) Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação. Decreto nº 5.687/2006>.

entidades podem adotar programas superficiais e/ou sem preocupação alguma com a manutenção do ambiente competitivo, apenas com a intenção de se valerem deles como circunstância atenuante em caso de condenação. Podem também adotar programas extremamente complexos e em teoria bem estruturados, elaborados por especialistas no tema e que implicam em gastos elevados, mas que não encontram qualquer eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados por colaboradores.³⁵

Isso posto e reconhecendo o valor da cultura de *compliance* no âmbito empresarial, resta questionar: quais são os elementos centrais de um *compliance* anticorrupção no Brasil? Quais normas internacionais e nacionais devem ser consideradas pela empresa para fins de implementação e monitoramento do seu programa de *compliance*? Quais as consequências e as finalidades de um *compliance* anticorrupção para uma empresa?

As respostas a essas indagações são complexas, passando pela necessidade de se exigir uma série de cumprimento a múltiplas normativas, sendo possível asseverar desde logo o seguinte:

- a) observância do dever de vigilância dos sócios que ostentam posições de garantidores, coibindo fontes de perigo concreto e até abstratos à sociedade;³⁶
- b) respeito aos deveres de autorregulação das empresas em face de comando legal pelo controle dos riscos que gera à sociedade;
- c) assunção de responsabilidades pelas empresas por suas organizações defeituosas, evitando resultados lesivos por meio do dever de vigilância daqueles hierarquicamente superiores sobre seus subordinados;
- d) adoção de conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia

³⁵ CADE. *Guia Compliance 2016*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>.

³⁶ Quanto à responsabilidade dos membros de cargos mais altos das empresas vale tomar como exemplo a notícia de que o chefe do executivo do Barclays Jes Staley, foi multado em £ 642.430 (871.000 dólares) pelos reguladores do Reino Unido na sexta-feira por tentar identificar um denunciante anônimo que fez alegações sobre o papel de Staley no recrutamento de outro funcionário. A Autoridade de Conduta Financeira e a Autoridade de Regulamentação Prudencial disseram que Staley não “agiu com a devida habilidade, cuidado e diligência” tentando caçar o denunciante. Notícia disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2018/5/11/barclays-boss-staley-fined-870000-for-trying-to-unmask-whist.html>>. Acesso em: 17 de maio 2018.

de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira;

- e) implementação efetiva de registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- f) implantação de controles internos capazes de assegurar a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;
- g) implantação de procedimentos específicos destinados a prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões

Essas premissas são extraídas inicialmente de um conjunto de normativas básicas, aplicáveis às pessoas jurídicas brasileiras que atuam no Brasil ou no exterior, e às estrangeiras que atuam no Brasil. Porém, um *compliance* anticorrupção vai muito além dessas exigências elementares.³⁷

Certamente, o programa de *compliance* deve respeitar e se adequar ao histórico normativo iniciado a partir do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, ainda de 1977, até as mais recentes ISO (como a 37001), de 2016, e outras que surjam pelo caminho dinâmico deste universo veloz e disruptivo.³⁸ Contudo, vale frisar que, embora seja dada muita atenção

³⁷ Neste sentido, Arnold & Porter LLP, a international law firm. Disponível em: <<http://www.fcpablog.com/blog/2014/5/1/anti-corruption-compliance-meeting-the-global-standard.html>>. Acesso em: 17 de maio 2018. Devendo também ser observado o Decreto Federal nº 8.420/2015 regulamentador da Lei Anticorrupção nº 12.846/2013.

³⁸ Toma-se aqui como referência do histórico normativo de compliance: 1977 – Estados Unidos, *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA; 1996 – OEA, *American Convention Against Corruption* (aprovada pelo Congresso Nacional, em 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002); 1997 – China, *Criminal Law* (revisada em 2011 para prever a responsabilização pelo pagamento de propinas a agentes oficiais nacionais e estrangeiros (Clauses 164; 385 – 393); 1997 – OCDE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000); 2003 – ONU, *Convention Against Corruption* (assinada pelo Brasil, em 9 de dezembro de 2003, e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006); 2010 – Reino Unido, *United Kingdom Bribery Act* – UKBA; 2010 – Brasil, *Instituição do Cadastro Empresa Pró-Ética*; 2012 – The World Bank Group – Diretrizes sobre Prevenção e Combate à Fraude e à Corrupção no Financiamento de Programas para Resultados; 2013 – Brasil,

à Lei de Práticas de Corrupção no Exterior dos EUA e à Lei de Suborno do Reino Unido, uma série de outras normas e diretrizes internacionais anticorrupção são aplicáveis a empresas multinacionais, tal como será exposto detidamente no item 5 desta investigação acadêmica.

Definitivamente, a projeção de um programa de conformidade anticorrupção eficaz, que atenda aos requisitos de muitas jurisdições diferentes, parece ser uma tarefa difícil. Não basta a observância à legislação nacional anticorrupção, mesmo porque há normativas constitucionais, legais e infralegais, e reguladores de todas as esferas federativas. Também é necessário observar boas práticas internacionais.

Deve-se lembrar que as diretrizes fundamentais se iniciam em âmbito internacional, não apenas em razão do caráter extraterritorial da própria Lei Anticorrupção, mas por conta da normatização global da matéria e do princípio da segurança jurídica.

4.1 Tipicidade das condutas na lei anticorrupção empresarial brasileira

A tipicidade das condutas das pessoas físicas na Lei nº 12.846/13 é parte integrante da tipificação da conduta da pessoa jurídica, mas são tipos distintos. Evidente que alguém deve ser acusado de praticar um ilícito com base na legislação anticorrupção para que a imputação de responsabilidade possa ser deduzida contra a pessoa jurídica. Essa Lei nº 12.846/13, pela natureza aberta de seus tipos sancionadores, permite integração e interação com legislações diversas.

Assim sendo, crimes contra a Administração Pública, de um modo geral, cabem no âmbito da Lei Anticorrupção nº 12.846/13, mas exigem ritos administrativos próprios instrumentalizados por meio de processos de apuração de responsabilidade (PAR). Há independência entre as instâncias jurídico-penal e administrativa. Quando se fala em “*compliance* criminal”, por isso, não deixa de ser estranho, pois não há responsabilidade penal da pessoa jurídica em nosso sistema, e sim responsabilidade objetiva, civil e administrativa, à luz do direito administrativo sancionador, especialmente no campo da Lei nº 12.846/13.

Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13); 2014 – ISO 19600 – ISO Compliance (Compliance Management Systems – Guidelines); 2016 – ISO 37001 – Sistemas de Gestão Antissuborno; 2017 – FGV e Transparência Internacional – Novas Medidas Contra a Corrupção (projeto em andamento)

A indenização ou reparação do dano, como se sabe, não é uma “sanção administrativa”, e se submete ao parâmetro da responsabilidade civil.³⁹

Por sua vez, ilícitos concorrenciais podem encaixar-se no âmbito dos tipos sancionadores da improbidade empresarial.⁴⁰ Ilícitos tributários também. Imagine-se a conduta de uma pessoa jurídica que dificulte a atividade de fiscalização ou investigação de órgãos, entidades ou agentes públicos, inclusive da Receita Federal. Lavagem de capitais está prevista na Lei nº 9.613/1998 (Lavagem de dinheiro) e também há modalidade de tipificação mais ampla de espécie de organização ilícita, conforme se extrai inclusive do tipo constante do art. 5º da Lei nº 12.846/2013. Financiar, custear, patrocinar de qualquer modo a prática de atos ilícitos previstos na lei. Então, quais são os atos ilícitos? Quaisquer atos ilícitos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Evidentemente que esses tipos são abertos e carecem de integração normativa e ampla fundamentação numa eventual inicial acusatória.

O legislador define os atos típicos de forma exemplificativa (e não taxativa):

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;

³⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁰ Improbidade administrativa é a má gestão pública gravemente desonesta ou gravemente ineficiente, causada por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem a participação dos particulares, observados os pressupostos gerais de configuração típica e de imputação. A improbidade é espécie do gênero má gestão pública. A corrupção é espécie do gênero improbidade. As graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos resultam da violação, dolosa ou culposa, de normas legais e constitucionais que regem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas da cultura administrativa vigentes. O dolo e a culpa se observam de acordo com a estrutura textual de cada dispositivo, não se podendo presumir que os atos culposos estejam circunscritos ao art.10 da Lei de Improbidade. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

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.

Contudo, a referida lei federal já foi regulamentada pelo Decreto federal nº 8.420/2015, conforme antes exposto, e pode inclusive ser disciplinada e detalhada pelos Estados e Municípios brasileiros, o que se traduz numa multiplicação de regras e princípios que podem integrar os tipos sancionadores definidos na Lei nº 12.846/2013.

A propósito, o Decreto nº 8.420/2015, em seus artigos 41⁴¹ e 42,⁴² define critérios e parâmetros para a avaliação da efetividade dos programas de integridade ético-corporativa (*compliance*).

⁴¹ “Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.”

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

Contudo, é inviável ignorar que a interpretação das inúmeras instituições e órgãos encarregados de aplicar a legislação nacional em referência pode gerar insegurança jurídica. Afinal, a União Federal, os Estados, os Municípios, o Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos dos Estados, a Advocacia Pública dos Estados, Advocacia

I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;

II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;

III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;

IV – o setor do mercado em que atua;

V – os países em que atua, direta ou indiretamente;

VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;

VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e

VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.”

Pública Federal, entre outras entidades e órgãos legitimados, podem atuar, administrativa e judicialmente, na propositura de medidas e ações contra administrados e jurisdicionados.

Portanto, as orientações e as diretrizes internacionais, tal como analisaremos adiante, representam importante mecanismo de integração, interpretação e aplicação das normas de combate à corrupção e da adequada efetividade dos programas de *compliance*.

4.2 Tipicidade da conduta da empresa por organização defeituosa: o *compliance* inefetivo

Certamente, os tipos exemplificados anteriormente e que estão previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção podem ser violados por pessoas físicas ou jurídicas. Porém, para efeitos de responsabilidade, a tipicidade é diferente.

No caso das pessoas físicas, a responsabilidade decorre da comprovação do elemento subjetivo (aferição da culpa ou dolo), inerente à prática do ato. E há múltiplas esferas. Veja-se o artigo 3º:

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.

§2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na *medida da sua culpabilidade*. (grifei)

Trata-se de princípio constitucional a obrigatoriedade de individualização das penas.⁴³ No caso, a lei estabelece vetores para as

⁴³ Resulta evidente que a lei deve regular a individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), sendo que esse último direito se desdobraria em três etapas distintas, a saber: a legislativa, a judicial e a executória. Essas observações se aplicam inteiramente ao Direito Administrativo Sancionatório, com as diferenciações cabíveis. No mesmo sentido deste entendimento está a jurisprudência do STJ: “[...] 3. É cabível a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo que impôs sanção disciplinar de demissão ao servidor, porquanto os atos administrativos comportam controle jurisdicional amplo. Nesses casos, o controle não se limita aos aspectos legais e formais do procedimento. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade e da *individualização da sanção*. Precedentes do STJ. 4. Na hipótese, constata-se que o Tribunal de origem se distanciou da orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal, pois, a despeito de consignar ser possível a modificação da pena de demissão por outra mais branda, em face das peculiaridades do caso concreto – devolução dos valores e confissão espontânea do recorrente –, assim não procedeu, por entender que a revisão pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar está adstrita ao exame da legalidade do procedimento disciplinar, e do cabimento e da regularidade formal da penalidade, sendo inviável, portanto, a análise do mérito administrativo. 5. Outrossim, não estando o acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior

autoridades fundamentarem seus posicionamentos: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; 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; o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Destaca-se que, se não houver análise exaustiva de cada um dos vetores elencados na lei, será nula a decisão condenatória, por violação a dispositivos legais⁴⁴ e constitucionais⁴⁵ referentes ao princípio da motivação das decisões. Esses vetores devem ser observados tanto na seara judicial quanto na administrativa.

No tocante às pessoas jurídicas, descabe, desde logo, responsabilidade penal por ilícitos contra a Administração Pública. Todavia, é possível a responsabilidade por atos ilícitos por falta de *compliance*

de Justiça, é medida que se impõe a cassação do acórdão recorrido quanto a esse aspecto, devendo os autos serem devolvidos ao Tribunal de origem para que seja realizado o exame da proporcionalidade da aplicação da pena de demissão em face da conduta perpetrada pelo impetrante, ora recorrente. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido” (STJ. RMS nº 17.735/MT, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.11.2013, *DJe* 25.11.2013).

⁴⁴ Lei nº 12.846/13, art. 6º, §1º: “As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e a natureza das infrações”. Lei nº 9.784/99, art. 50: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. §1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. §2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. §3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”. De forma semelhante, é a recente Lei nº 13.655/2018 que, ao alterar a LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), introduziu normas referentes à segurança jurídica no âmbito do direito público.

⁴⁵ Art. 93, IX, CF: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

efetivo, mesmo que não tenha praticado diretamente o ato, uma vez que prevalece a teoria da responsabilidade objetiva nesse caso.

O elemento de ligação da pessoa jurídica com o infrator decorre da previsão do art. 1º da Lei Anticorrupção, que dispõe no sentido de que:

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.

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.

Esse conceito de responsabilidade objetiva deve ser interpretado no sentido de que a pessoa jurídica é obrigada a adotar um *compliance anticorrupção* efetivo. Do contrário, haveria uma responsabilidade draconiana, inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Já tive oportunidade de escrever a esse respeito, ainda nos primórdios do advento da lei:

A toda evidência, não obstante o silêncio do legislador, a Lei 12.846/13 aplica-se a pessoas jurídicas de direito privado, sociedades simples ou empresárias, fundações e associações das quais seja possível e razoável exigir mecanismos de denúncia, auditoria e controladoria internos, sem que isso venha a ferir sigilos profissionais, menos ainda suas finalidades institucionais.

A Lei 12.846/13 concentra seu foco nos atos de corrupção. Diz a lei, em seu art. 4º, que subsiste a responsabilidade das pessoas jurídicas, uma vez praticados atos atentatórios à Administração Pública, mesmo nas hipóteses em que houver “alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”, dispondo, em seu §1º, que, [...] 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 da incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

A lei também estabelece, em seu art. 4º, §2º, que [...] as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, 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,

As sociedades consorciadas serão alcançadas pela lei, o que significa dizer que, no âmbito dos respectivos contratos de consórcios, será necessário fixar mecanismos de *compliance*.⁴⁶

4.3 *Compliance* anticorrupção como elemento de exclusão da tipicidade da conduta ilícita da empresa

Para que as empresas possam ter imunidade frente à responsabilidade objetiva por atos de terceiros, necessitam contar com uma estrutura interna dotada de independência, capacidade operacional e autoridade responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento, bem como canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé, com competências para:

- a) imposição de medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- b) manejo de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- c) realização de diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- d) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- e) monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013;
- f) e verificação da transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.⁴⁷

⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Probidade empresarial: Lei 12.846/13. *Revista da Escola da Magistratura (Emagis) do TRF da 4. Região*. v. 1, n. 1 (out. 2014). Ed. Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014.

⁴⁷ No Brasil, o STF proibiu a prática de financiamento de empresas destinado às campanhas eleitorais e aos partidos políticos, nos termos do Acórdão da ADI nº 4650-DF publicado em 17.09.2015.

Definitivamente, a instituição de tais elementos, extraídos da referida lei e também do Decreto nº 8.420/2015, no ambiente corporativo, e em conjugação com os múltiplos elementos já citados anteriormente, é capaz inclusive de romper o nexo de causalidade suscitado para a imposição da sanção administrativa ou civil, com a consequente atenuação ou até mesmo exclusão da penalidade cogitada.

O processo deve ser efetivo, no entanto. Para isso, há que ser robusto, documentado, transparente.

Em outras palavras, a teoria da responsabilidade objetiva imposta às pessoas jurídicas, no âmbito do combate à corrupção, é passível de mitigação e modulação por meio da adoção de um programa de *compliance* efetivo.

5 A integração entre as normas nacionais e internacionais no combate à corrupção

Para que as empresas tenham um “*compliance* anticorrupção efetivo”, necessitarão definir conceitualmente o que é corrupção. Em boa parte, como já foi possível perceber, esse conceito está demarcado no Direito Penal e no próprio Direito Administrativo Sancionador brasileiro. Porém, há cláusulas gerais e, além disso, os instrumentos normativos internos das empresas não estão adstritos à legislação, pois podem e devem combater a corrupção num âmbito ético-normativo. Um equilíbrio será necessário, para que as próprias empresas não incorram em demasiada rigidez regulatória interna, de tal sorte a paralisar suas atividades ou gerar insegurança jurídica em suas relações. Também parece conveniente que se ajustem às culturas onde atuem.

Como já referi, o conceito de corrupção, sobretudo, por carecer de elementos indeterminados e cláusulas gerais, depende não apenas de concretizações múltiplas, e intervenções codificadas, mas também de interpretações razoáveis e proporcionais compatíveis com culturas corporativas, organizacionais e regulatórias.

Relembrando aqui o histórico já traçado neste trabalho, forçoso sublinhar que, na evolução do tratamento desta temática, importantes iniciativas, em diversos países, impulsionaram a promulgação de inúmeras normas anticorrupção no Mundo.

Sempre temos como referências a lei de 1977, autêntico marco histórico, a *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* nos Estados Unidos da América;⁴⁸ a Lei de 2010, a *United Kingdom Bribery Act – UKBA*, prevendo

⁴⁸ Com a *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* é que foi possível responsabilizar criminal e civilmente os agentes privados nacionais, especialmente as companhias abertas emissoras de

a responsabilidade pelo pagamento e recebimento de propinas a oficiais nacionais e estrangeiros, que expôs as condutas proibidas no âmbito privado, regravando também o direito concorrencial e comercial, no Reino Unido; a Lei de 2011, a *Criminal Law*, na China, que previu a responsabilização pelo pagamento de propinas a agentes oficiais nacionais e estrangeiros.⁴⁹

Qual o conceito que é adotado pelas instituições transnacionais no tocante à corrupção? Em síntese, um conceito de cunho ético-sociológico, que pressupõe abertura para que os países, a partir do princípio democrático, procedam a configuração dos ilícitos dentro de um amplo espectro conceitual.

Transparência Internacional, Banco Mundial, ONU (Organização das Nações Unidas) partem da premissa de que a corrupção pública constitui a grave violação de deveres públicos para alcançar fins privados, rompendo-se a essência do tecido normativo, por parte de alguém em posição decisória que, dessa forma, frustra a segurança jurídica e as legítimas expectativas da sociedade. Esse conceito alcança pessoas jurídicas, na medida em que estas são responsáveis pelos atos de seus dirigentes ou prepostos.

Por isso, a corrupção é descrita, em geral, não só na literatura especializada – e aqui temos possibilidade de fazer referência global a um importante e sólido conjunto de doutrinas –, como também nos escritos do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional,⁵⁰ como

títulos e valores mobiliários registrados na SEC – Securities and Exchange Commission, ou, ainda, que tenham algum tipo de operação no território estadunidense, ligada ao mercado de capitais ou não, envolvidos em atos de corrupção de oficiais estrangeiros e/ou fraudes contábeis.

⁴⁹ Já a China *Criminal Law* (de 1997, revisada em 2011) previu a responsabilização pelo pagamento de propinas a agentes oficiais nacionais e estrangeiros – clauses 164; 385-393.

⁵⁰ Tanto um como o outro definem a corrupção como o abuso da função pública para obter benefícios privados (<<http://www.worldbank.org>> e <http://www.imf.org>). Entende-se aqui “corrupção” como o “abuso do cargo público para obtenção de ganhos privados”. Trata-se de tradução livre da definição mais difundida de “corrupção”, formulada pelo Banco Mundial, qual seja, “*the abuse of public office for private gain*”. Vale ainda ressaltar os conceitos relacionados, nas palavras do mesmo Banco Mundial: “*public office is abused for private gain when an official accepts, solicits, or extorts a bribe. It is also abused when private agents actively offer bribes to circumvent public policies and processes for competitive advantage and profit. Public office can also be abused for personal benefit even if no bribery occurs, through patronage and nepotism, the theft of state assets, or the diversion of state revenues. This definition is both simple and sufficiently broad to cover most of the corruption that the Bank encounters, and it is widely used in the literature. Bribery occurs in the private sector, but bribery in the public sector, offered or extracted, should be the Bank’s main concern, since the Bank lends primarily to governments and supports government policies, programs, and projects*”. WBG. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank*. Sep. 1997, p. 8. Outra definição semelhante é a do Transparência Internacional, que conceitua corrupção como “*the abuse of entrusted power for private gain*”. TI. *How do you define corruption?* Por fim, veja-se também o conexo conceito de corrupção elaborado pelo

toda aquela ação ou omissão do agente público que o leva a desviar-se dos deveres formais e materiais de seu cargo, com o objetivo de obter benefícios privados.⁵¹

No largo conceito adotado pelo Banco Mundial, Transparência Internacional, ONU e outras instituições, condutas como nepotismo, lavagem de capitais, fraudes licitatórias, conflitos de interesses, trocas de favores, perseguições de interesses privados por agentes públicos, comportamentos clientelistas, podem caracterizar *corrupção*, sem que, necessariamente, encontrem tipificação jurídica num dado país. Bastaria uma reprovação moral, ética, ou de algum tecido normativo que lhe empreste força suficiente para tal qualificativo. Não precisamos de maior esforço para constatar que semelhante definição enseja campo aberto para insegurança jurídica.

Além disso, diversos outros *standards* normativos e padrões de conduta ético-corporativa devem ser observados pelas empresas nacionais e multinacionais interessadas em assegurar um ambiente corporativo 'limpo', imune às práticas corruptas e deletérias de agentes, públicos e privados, impulsionados por interesses egoístas e amorais. Mas o que seriam interesses egoístas e amorais? Depende muito de outros conceitos, culturas, regras, princípios e conformações legislativas, normativas, legais ou infralegais.

Tais diretrizes internacionais inclusive realizarão as conformações e integrações imprescindíveis à adequada interpretação e aplicação das normas nacionais e das boas práticas internacionais, evitando insegurança jurídica e instabilidade regulatória. Depende, ainda, dos níveis regulatórios das próprias empresas.

Registre-se, a propósito, que eventuais alegações de suposta ausência de força cogente e de baixa densidade normativa destes instrumentos no âmbito nacional não devem prosperar entre nós. O Brasil é Estado-membro da ONU – Organização das Nações Unidas – devendo obediência e respeito às diretrizes internacionais de combate à corrupção em espaços públicos e privados, internalizadas no ordenamento nacional mediante Decreto federal nº 5.687/2006 devidamente editado.

Fundo Monetário Internacional, qual seja, “*the abuse of public authority or trust for private benefit*”. IMF. The IMF and Good Governance, Factsheet. Apr. 2015.

⁵¹ NIETO, Alejandro. *Corrupción em la Espanã democrática*. Barcelona: Ariel. 1997: assinala a importância dos benefícios ou interesses privados na corrupção. Segundo RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética institucional: mercado ‘versis’ función pública*. Madrid: Dykinsin, 1996: o termo “corrupção” admite distintas aproximações. Sem embargo, existe um denominador comum: “a utilização em proveito próprio dos poderes públicos”.

Por força de aderência a tratados internacionais, o Brasil vem reforçando seu arcabouço jurídico na tutela de diversos valores e regras que dizem respeito ao combate à corrupção e probidade administrativas, nessa linha mais abrangente de proteção aos direitos fundamentais, conforme já exposto neste trabalho.⁵²

Quanto às diretrizes da União Europeia, embora o Brasil não seja integrante desta entidade supranacional, tais vetores normativos devem inspirar o ambiente nacional e pautar inclusive a tentativa brasileira de efetiva implementação e desenvolvimento do Mercosul. Ademais, empresas brasileiras atuantes no continente europeu estão submetidas a regras da União Europeia.

Neste contexto, as diretrizes e as orientações acerca da aferição e efetividade dos Programas de Integridade corporativa e combate à corrupção devem estar lastreadas também em 3 (três) documentos, instrumentos formais e internacionais, são eles: o Relatório de Anticorrupção da União Europeia;⁵³ o Guia Prático de Condutas Empresariais destinadas à implementação da ética corporativa elaborado pela Organização das Nações Unidas – ONU;⁵⁴ o Pacto Global das Nações Unidas.⁵⁵

O relatório produzido pela Comissão da União Europeia traz importantes reflexões e análises acerca do custo da corrupção para os Estados, os cidadãos e a iniciativa privada.

Apona-se uma relação direta entre a corrupção e a efetividade de direitos fundamentais, indicando a corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais e do direito de viver em um ambiente livre de corrupção, bem como comprometendo a confiança dos cidadãos em processos democráticos e instituições políticas.

Estima-se que a corrupção, por si só, represente um custo para a economia da União Europeia equivalente a 120 mil milhões de euros/ano, apenas um pouco menos do que o orçamento anual da União Europeia. Em outras palavras, tais recursos desviados poderiam ser

⁵² Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

⁵³ *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Relatório Anticorrupção da UE*. elaborado pela Comissão Europeia da UE, Bruxelas, 3.2.2014. Disponível em: <<http://europa.eu/european-union>>.

⁵⁴ *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, elaborado pelo United Nations Office on Drug and Crime, September 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

⁵⁵ *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

aplicados em saúde, educação e melhorias voltadas à qualidade de vida dos cidadãos europeus.⁵⁶

Neste sentido, o combate à corrupção é atribuição de todos os Estados membros da União Europeia, devendo os integrantes da entidade supranacional criar os instrumentos institucionais e legais imprescindíveis à prevenção e ao combate à corrupção.

Por exemplo, a Comissão da União Europeia anunciou, no ano de 1999, uma política de tolerância zero no que respeita à fraude e à corrupção e, na sequência desta iniciativa, foi criado o OLAF (Organismo Europeu de Luta Antifraude) destinado a incrementar os mecanismos de controle antifraude e ampliar os canais de informação, transparência e controle social (*accountability*) das consequências dos atos corruptos praticados no ambiente europeu. Para tanto, torna-se imprescindível também a qualificação e o treinamento, de profissionais experientes, *experts* e com *know-how* qualificado em processos sancionatórios de combate à corrupção, seja em relação às autoridades integrantes de órgãos da União Europeia ou no tocante aos auditores/colaboradores independentes.

Sem dúvida, o OLAF, criado no final do século passado, pressiona, por meio de recomendações e sanções impostas, os Estados membros da União Europeia à adoção de medidas internas capazes de conter ou eliminar a corrupção nos espaços público e privado.

A Comissão da União Europeia adotou, no ano de 2011, um pacote anticorrupção a ser observado pelos Estados membros da UE. O primeiro relatório, publicado em fevereiro de 2014, indica a situação de cada Estado-membro, apontando as medidas anticorrupção tomadas, o grau de efetividade e as melhorias ainda necessárias ao combate mais efetivo da corrupção no ambiente europeu.

Contudo, em relação aos avanços já alcançados, cabe apontar que o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia criaram novos atos legislativos baseados em propostas da Comissão, dentre elas: i) uma reforma das normas relativas aos contratos públicos (proposta da Comissão de 2011, adotada em fevereiro de 2014); ii) a apreensão de ativos de origem criminosos (proposta da Comissão de 2012, adotada em março de 2014), iii) o alargamento do âmbito do conceito de corrupção com o objetivo de englobar o suborno de pessoas que não são formalmente funcionários públicos mas que estão envolvidas na gestão de fundos da UE (proposta da Comissão de 2013).

⁵⁶ Inquérito da União Europeia sobre corrupção, realizado em 2013 e publicado em fevereiro de 2014, evidencia tais dados.

Outro exemplo de medida interessante refere-se ao controle da Comissão Europeia sobre as reformas do Poder Judiciário implementadas pelos respectivos Estados membros da UE,⁵⁷ uma vez que tal medida visa garantir observância aos limites do Estado Democrático de Direito, aos contornos de atuação do Poder Judiciário, evitando que a descrença generalizada em torno da representatividade das instituições políticas contamine o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, criando um Judiciário egocêntrico, onipotente e onipresente.

Entre as demais medidas delineadas nestes instrumentos internacionais a favor do combate à corrupção, cabe destacar a utilização de ferramentas analíticas e tecnológicas⁵⁸ destinadas a detectar os indicadores de suposta fraude ou prática corrupta, por meio de controle e programas de domínio da informação. Definitivamente, a tecnologia de informação, à disposição das sociedades empresárias e de autoridades públicas, pode identificar os diversos partícipes de atos ou práticas corruptas, especialmente em tempos de inteligência artificial.

As novas tecnologias, inovações criativas, disruptivas de informação aceleram o processo de identificação de ilegalidades e, por conseguinte, uma nova plataforma tecnológica destinada a promover o intercâmbio de informação entre os empresários e autoridades públicas deve ser constantemente estimulada, otimizando o tempo despendido à identificação de casos suspeitos, bem como na identificação de elementos de prova para a instauração de processos corporativos internos de identificação de auditorias e imputação de responsabilidades funcionais, além de fortalecer processos de prevenção.⁵⁹

Como se não bastasse, é premente insistir na relevância direta do relatório da União Europeia à luz do marco normativo nacional de combate à corrupção (Lei nº 12.846/2013 e Decreto nº 8.420/2015), uma vez que as diretrizes europeias de luta à corrupção são plenamente aplicáveis, por exemplo, às empresas brasileiras com atividades e negócios em curso no velho continente europeu.

Ademais, a União Europeia estabelece graves sanções àqueles Estados descomprometidos com as boas práticas de anticorrupção, o que pode incentivar a adoção de medidas sancionatórias equivalentes em atos normativos internacionais, dos quais o Brasil seja signatário. No

⁵⁷ Por exemplo, a União Europeia ameaça a Polônia com sanções se o país não reverter reforma no Judiciário Jornal Estadão. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/>>.

⁵⁸ Como o sistema antifraude 'Pluto' disponível em A luta da União contra a fraude e a corrupção, p. 15, documento editado pela Comissão Europeia da UE, disponível no site <http://europa.eu/pol/index_pt.htm <http://europa.eu/JF89wH>>.

⁵⁹ *Ibidem*.

Brasil, seria recomendável que a União fomentasse Estados e Municípios a adotarem, num pacto federativo, posturas similares, para recebimento de recursos públicos.⁶⁰

Outro importante instrumento internacional de combate à corrupção encontra-se no Guia Prático de Programa de Normas Anticorrupção e de *Compliance* para negócios e atividades empresariais,⁶¹ editado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime – UNODC (“*United Nations Office on Drug and Crime*”), órgão integrante da ONU, estrutura supranacional da qual o Brasil faz parte.

Entre os indicadores e os critérios de implementação do *Compliance* em estruturas empresariais, tal documento indica relevante alternativa conferida às empresas – de pequeno, médio e grande porte – no tocante à possibilidade de delegação da gestão e da execução de medidas contra a corrupção a terceiros especialistas, prestadores *experts* alheios à estrutura da empresa, caracterizando a figura do *Compliance Officer*. Tal medida alternativa asseguraria inclusive maior independência deste colaborador, agente externo frente a eventuais interesses dos integrantes da empresa que estejam dissociados dos propósitos institucionais e das práticas anticorrupção.

Ressalte-se também que o referido Guia, diante da estrutura das empresas, maior ou menor porte, confere tratamento não isonômico devidamente proporcional conforme as distinções razoáveis identificadas no ambiente corporativo.

Ademais, esse Guia internacional contempla o desenvolvimento e a melhoria contínua de programas, políticas e procedimentos anticorrupção que reflitam as seguintes características:⁶²

- consistência com todas as leis aplicáveis: as empresas podem realizar pesquisas sobre as diferentes leis e regulamentos dos países nos quais irá operar. As empresas também podem designar especialistas jurídicos para revisar o projeto do programa no que diz respeito à sua consistência com as leis nacionais e internacionais.

⁶⁰ Tal como o Ministério da Transparência (antiga CGU) pretende estimular com a adoção e a certificação do Selo Pró-Ética conferido às empresas com boas práticas de combate à corrupção.

⁶¹ *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, elaborado pelo United Nations Office on Drug and Crime, September 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

⁶² *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, p 25/27, elaborado pelo United Nations Office on Drug and Crime, September 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

- adaptação aos requisitos específicos: o programa anticorrupção deve ser adaptado à natureza da empresa. Resultados da empresa, avaliação de risco determinam a extensão dos riscos e as áreas específicas que as medidas anticorrupção devem ser alvo. Outros requisitos podem incluir a cultura organizacional, preferências ou costumes. Por exemplo, as preferências de funcionários podem indicar a melhor maneira de ministrar treinamentos.
- participação das partes interessadas: uma abordagem participativa na implementação e melhoria contínua do programa cria um senso de propriedade entre as partes interessadas. Apoia o reconhecimento e a aceitação do combate à corrupção. Uma abordagem participativa pode ser buscada por:
 - processos interativos: fornecendo informações e solicitando *feedback*, permitindo discussões informais ou rodadas de consultas formais com os funcionários.
 - envolvimento de todas as partes interessadas: convocação de sindicatos, auditores ou até mesmo investidores ou parceiros de negócios para comentar sobre o combate à corrupção programa.
 - abordagens participativas estabelecem confiança e compreensão entre os indivíduos afetada pelo programa. Isso ajuda a reduzir objeções ou resistência ao programa. Por exemplo, aumentando a compreensão da necessidade de um forte sistema de controles internos para proteger os ativos de uma empresa pode evitar obstáculos surgirem na implementação.
- responsabilidade compartilhada: o cumprimento do programa anticorrupção é obrigatório e deve aplicar-se a todos os níveis, funções e áreas da empresa. Isto é crucial evitar a impressão de duplicidade de critérios e flexibilidade na interpretação das políticas e procedimentos. Regras e princípios devem ser os mesmos para diretores, gerentes de topo e funcionários da linha de frente. Consistência e uniformidade durante a aplicação do programa deve refletir especialmente nos recursos humanos da empresa, políticas de recursos.
- acessibilidade: informações sobre o programa anticorrupção e apoio ao material deve ser facilmente acessível. As empresas podem considerar a publicação de informações no site da

empresa e em boletins informativos, publicações e outras formas de comunicação e veículos. A informação acessível permite a promoção do programa entre funcionários e parceiros de negócios. Medidas dedicadas, tais como suporte e aconselhamento, podem ser oferecidas para tratar de questões e preocupações, e para aumentar a compreensão do programa da empresa.

- clareza e objetividade: o conteúdo do programa anticorrupção deve ser facilmente compreendido. Portanto, é preferível evitar siglas ou termos técnicos. Políticas informações de apoio (por exemplo, material de treinamento) podem ser traduzidas pelas principais linguagens operacionais da empresa. Compreensão pode ser aumentada fornecendo exemplos do mundo real, orientação e ferramentas convenientes, que tornam as políticas genéricas relevantes a nível prático.
- promover uma cultura interna baseada na confiança: uma cultura baseada em confiança permite a tradução de políticas anticorrupção em valores, normas e princípios. Cria um ambiente favorável para funcionários honestos e éticos que procuram aconselhamento em situações difíceis e não tomam decisões que possam levar a uma violação das políticas anticorrupção.
- aplicabilidade: O programa anticorrupção não deve ser aplicável apenas a funcionários da empresa, mas também para parceiros de negócios relevantes e *stakeholders*. O envolvimento de partes externas nas estratégias de comunicação, treinamentos e outras medidas podem ajudar a alcançar um maior nível de entendimento e reduzir o risco de corrupção (por exemplo, solicitações corruptas de fornecedores).
- continuidade: estabelecer um programa anticorrupção não deve ser visto como um projeto único, mas sim como um processo contínuo. O programa deve ser continuamente adaptado a ambientes de negócios em mudança e aprendizado interno.
- eficiência: o programa anticorrupção deve usar os recursos da empresa adequadamente. Se os recursos financeiros e humanos são aplicados de forma ineficiente, a empresa incorre em custos e encargos desnecessários. Isso pode levar a uma diminuição da eficácia do programa global, comprometendo sua sustentabilidade. O programa deve, portanto, ser continuamente otimizado.

Por fim, o referido Guia internacional confere tratamento específico às políticas de conflito de interesses que também devem ser contempladas em Programas de Integridade, *Compliance*. Em relação ao conflito de interesses, o ponto-chave é a transparência nas posições, nos processos decisórios e nos próprios interesses tanto dos *players* quanto da empresa e das partes envolvidas nas relações passíveis de decisões.

Conflitos de interesse ocorrem em todas as organizações, mas não são sempre negativos, conforme acentuado neste documento supramencionado. Portanto, o termo não deve ser usado de forma pejorativa para implicar comportamento ilegítimo ou mesmo um ato corrupto necessariamente. Um funcionário que esteja enfrentando conflitos de interesses pode decidir sobre o melhor interesse da empresa. Um funcionário também pode se envolver em atividades externas que sejam legais e benéficas para a empresa e para seu próprio interesse. No entanto, tais situações podem ser facilmente mal interpretadas e lançam dúvidas sobre a objetividade de uma decisão específica. As empresas devem estar cientes dos vários tipos de conflitos de interesse e abordá-los apropriadamente com políticas e procedimentos de *compliance* (por exemplo, uma estratégia clara de comunicação e documentação em caso de conflitos de interesse).

Como ponto de partida, uma definição clara de conflitos de interesse combinada com uma política detalhada deve ser fornecida pela empresa, em sua política regulatória interna, num *compliance* anticorrupção, para evitar insegurança jurídica. Devido ao fato de que conflitos de interesse não são per se ilegítimos, é importante que a política seja ilustrada por exemplos que descrevam os riscos de tais situações, sem engessar relações legítimas. Como alguns conflitos de interesse incluem uma parte externa (presentes, benefícios ou compromissos externos), é importante que as políticas e procedimentos da empresa não sejam apenas conhecidos pelos funcionários, mas também por seus parceiros de negócios e outras partes interessadas externas.⁶³

E mais, o referido Guia internacional – ao qual estamos aqui nos reportando como referência analítica – refere-se à motivação dos parceiros de negócios a aderir aos padrões da empresa,⁶⁴ devendo existir

⁶³ Neste sentido é a Lei nº 12.813/2013 que define situações que configuram esse tipo de conflito durante e após o exercício de cargo/emprego no Executivo Federal. Em outras palavras, tal lei deve ser observada atentamente pelas empresas, num *compliance* anticorrupção, quando houver interação com o setor público.

⁶⁴ *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, p. 61, United Nations Office on Drug and Crime, September 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

medidas que incentivem os parceiros à adesão aos padrões anticorrupção (recompensas, prêmios, bonificações) e sanções específicas (proibição de contratar, multas).

Por último, mas não menos importante, deve-se observar também o Guia internacional, manual da ONU que contempla 10 (dez) princípios de combate à corrupção mundial: *Reporting Guidance on the 10th Principle Against Corruption*.⁶⁵

Tal Pacto Global das Nações Unidas é um apelo às empresas em todo o mundo para voluntariamente alinhar suas operações e estratégias aos princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção, bem como a adotar práticas em apoio às metas da ONU, tendo sido lançado no ano de 2000. Esse documento traduz enorme representatividade corporativa no mundo – com mais de 8.000 signatários baseados em cerca de 135 países.

Com efeito, o referido Guia internacional estabelece os parâmetros que devem ser adotados pelas empresas:

- i) melhorar a integração organizacional de questões ambientais, sociais e de governança;
- ii) abordar a ampliação dos negócios da empresa, com a identificação de oportunidades e riscos empresariais;
- iii) melhorar gestão e eficiências operacionais;
- iv) acessar as experiências e as boas práticas de seus diretores, gerentes e demais empregados;
- v) atrair, motivar e reter empregados;
- vi) aumentar a credibilidade da empresa e conferir continuidade à sua atividade empresarial mediante a concessão de licenças e autorização pelas autoridades públicas competentes;
- vii) melhorar a reputação corporativa e a imagem da marca empresarial;
- viii) participar de um diálogo proativo e construtivo com a sociedade civil e outras partes interessadas;
- ix) fortalecer as relações das partes interessadas, tanto globalmente quanto localmente;
- x) estabelecer melhores ligações com a Organização das Nações Unidas;
- xi) assumir um papel de liderança em questões críticas;

⁶⁵ *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

- xii) incrementar a rede colaborativa, *networking* com outras organizações;
- xiii) responder às expectativas do mercado financeiro e melhorar o acesso ao capital, atraindo diferentes investimentos público e privado.

Além desses valores, princípios, ideais de observância pelas empresas, tal guia internacional da ONU indica as etapas imprescindíveis à caracterização de um *compliance* efetivo, afastando aqueles programas de integridade de ‘fachada’.⁶⁶

Entre tais etapas, destaca-se o “*tone from the top*” caracterizado pelo apoio e comprometimento da alta administração, elemento determinante e essencial ao estabelecimento da cultura organizacional de combate à corrupção.

O “*tone from the top*” influencia as normas e valores pelos quais a empresa opera e aos quais todos os funcionários e parceiros comerciais relevantes devem aderir. Ademais, o “*tone from the top*” é definido pela alta administração da empresa, como seu(s) proprietário(s), Diretores Executivos, Conselho de Administração ou órgão equivalente. O “*tone from the top*” deve demonstrar a propriedade do programa anticorrupção. Isso implica que a alta administração considera a prevenção da corrupção como sua própria responsabilidade. A efetividade deve ser demonstrada a partir do topo da organização, de cima para baixo, com práticas comprovadas documentalmente.

O “*tone from the top*” deve refletir o apoio irrevogável e a avaliação de valores fundamentais à empresa, como integridade, transparência e responsabilidade corporativa. Em outras palavras, o compromisso da alta direção deve prevenir e combater a corrupção por meio de 2 (duas) importantes iniciativas:

- i) fomentando políticas públicas sobre tolerância zero à corrupção no ambiente corporativo e
- ii) desenvolvendo a implementação de um programa corporativo anticorrupção.

A alta administração precisa implementar o exemplo, deixar claro que a corrupção é absolutamente intolerável em quaisquer níveis de hierarquia funcional, sendo a proibição documentada e publicizada por uma declaração formal de ‘tolerância zero à corrupção’, no ambiente

⁶⁶ *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10th Principle Against Corruption*, p. 10 e ss. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

empresarial, independentemente da repercussão e dos danos econômicos decorrentes de atos isolados ou de práticas corruptas reiteradas, o que, a nosso ver, deve estar consubstanciado em práticas efetivas de prevenção e, sobretudo, cooperação com autoridades públicas.

Por força do compromisso da alta administração, a direção da empresa deve promover eventos internos e externos (por ex., treinamentos de funcionários, reuniões de acionistas, conferências, fiscalizações e monitoramentos contínuos, punições) que reflitam objetivamente essa cultura. Definitivamente, a declaração de compromisso da empresa deve ser apoiada por um programa anticorrupção efetivo, compreendendo políticas minuciosas⁶⁷ e procedimentos⁶⁸ consistentes e coerentes, não apenas teóricos, e muito menos camuflados ou de fachada.

E mais, o apoio e o compromisso da direção superior não devem ser vistos como uma atividade esporádica, momentânea, decorrente do lançamento de um programa de integridade corporativa anticorrupção. A empresa deve estar comprometida como uma demonstração contínua do aperfeiçoamento e da efetividade das normas e valores contemplados no programa empresarial anticorrupção, cuja inspiração dos indicadores e critérios de aferição revele efetividade do Programa. Os indicadores devem ser transparentes e passíveis de rastreamento nos instrumentos internacionais mencionados ao longo deste ensaio acadêmico, bem como nas regras e princípios do direito interno aplicável ao caso concreto que eventualmente enseje fiscalização de um órgão controlador.⁶⁹

Nesse mesmo sentido, a seguirmos as diretrizes deste documento, o papel da Alta Gerência (“Senior Management”) é o de implementação do “*tone from the top*”, garantindo que a tolerância zero à corrupção e às políticas e procedimentos detalhados de apoio sejam entendidos por todos os funcionários e parceiros de negócios relevantes, em outras palavras, o “*tone from the top*” resulta no engajamento desde o topo da empresa até a base na implementação do programa de modo efetivo.⁷⁰

⁶⁷ Mais informações sobre políticas detalhadas de combate à corrupção podem ser encontradas no capítulo III, seções D e E. *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

⁶⁸ Mais informações sobre práticas anticorrupção podem ser encontradas no capítulo III, seções F-L. *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

⁶⁹ *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

⁷⁰ *An United Nations Global Compact – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption*. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

Nesta linha, o quadro a seguir, extraído na íntegra do Pacto Global, além da etapa “*tone from the top*”, indica as outras etapas capazes de identificar um *Compliance* efetivo:

Desired Reporting Elements

(continua)

ID	Reporting Elements	Examples of what to report on
D1	Commitment and policy: Publicly stated formal policy of zero-tolerance of corruption	<ul style="list-style-type: none"> Provide or describe the current policy. Describe where the policy can be found (e.g., website). Describe the extent to which the policy covers all legal entities and locations over which you have effective control.
D2	Commitment and policy: Statement of support for international and regional legal frameworks, such as the UN Convention against Corruption	<ul style="list-style-type: none"> Describe general statements of support for international and regional frameworks; making specific mention of the treaty or framework supported. Describe your organization’s initiatives, if any, to mark the annual International Anti-Corruption Day (9 December).
D3	Commitment and policy: Carrying out risk assessment of potential areas of corruption	<ul style="list-style-type: none"> Describe your current risk assessment procedures (e.g., how often it is carried out, who is in charge, which parts of your organization are covered, how results are dealt with). Describe the business units and subsidiaries for which a risk assessment has been undertaken.
D4	Commitment and policy: Detailed policies for high-risk areas of corruption	<ul style="list-style-type: none"> List the areas of potential risk of corruption which are covered by detailed anticorruption policies. Describe where these policies can be found and how they are made available to all employees and business partners concerned.
D5	Commitment and policy: Policy on anticorruption regarding business partners	<ul style="list-style-type: none"> Outline your definition of business partners (e.g., suppliers, agents, joint ventures). Describe how your organization’s anti-corruption commitment extends to business partners as well as how anti-corruption commitments from your business partners extend to your organization. Describe your identified high-risk business partners by industry (e.g., public sector). Describe the coverage of your supply chain related to the extension of the anticorruption policy (identified sizes or types of suppliers, producers). Specify detailed policies for business partners.
D6	Implementation: Actions taken to encourage business partners to implement anticorruption commitments	<ul style="list-style-type: none"> Outline your definition and scope of business partners (e.g., suppliers, agents, joint ventures). Describe specific communication measures and actions, such as training taken to encourage your business partners to implement anti-corruption programmes. Describe the process of monitoring the effectiveness of such communication measures and actions.

Desired Reporting Elements

(continua)

ID	Reporting Elements	Examples of what to report on
D7	Implementation: Management responsibility and accountability for implementation of the anti-corruption commitment or policy	<ul style="list-style-type: none"> Describe how responsibilities are assigned in your organizational structure. Provide, if possible, specific reporting indicators used in your organization to support responsibility and accountability for implementation of the anti-corruption commitment or policy.
D8	Implementation: Human Resources procedures supporting the anti-corruption commitment or policy	<ul style="list-style-type: none"> Describe how your organization implements effective documented personnel policies and processes that support the anti-corruption commitment, including references to how these were developed (e.g., including consultation with employees, mandatory compliance with the anti-corruption policies and procedures, orientation of recruits, appraisal, remuneration and recognition procedures and disciplinary processes). Report measures of activities and results, such as percentages of recruits that have received anti-corruption orientation or numbers of employees dismissed for non-compliance with organization policies.
D9	Implementation: Communications (whistleblowing) channels and follow-up mechanisms for reporting concerns or seeking advice	<ul style="list-style-type: none"> Describe individual solutions already implemented or envisaged. Provide statistics of the use of the whistleblowing, advice or hot lines. Specify a break-down of the types of inquiries, provided this will not lead to a breach of confidentiality or security for the reporting employees.
D10	Implementation: Internal accounting and auditing procedures related to anticorruption	<ul style="list-style-type: none"> Describe the internal controls policies and processes (e.g., frequency, scope of organizational coverage, degree of control automation, international frameworks used). Report whether internal and external audits have taken place. Report on the specific mandates given to the audit function, internal and external where applicable.
D11	Monitoring: Participation in voluntary anticorruption initiatives	<ul style="list-style-type: none"> List voluntary initiatives or collaborative actions in which your organization participates. Examples are sector initiatives, chamber of commerce or trade association initiatives, inter-governmental and national working groups, international initiatives. Specify the type of involvement (active/passive membership) as well as duration of membership.
D12	Monitoring: Leadership review of monitoring and improvement results	<ul style="list-style-type: none"> Describe the oversight of the review process (e.g., who has ultimate oversight, who conducts the review, who reviews the results, frequency of reviews). Describe actions taken, including improvement results.
D13	Monitoring: Dealing with incidents	<ul style="list-style-type: none"> State that there is a process in place for dealing with incidents including remedial steps. Describe the process. State the nature and number of incidents dealt with and number of disciplinary actions.

Desired Reporting Elements

(conclusão)

ID	Reporting Elements	Examples of what to report on
D14	Monitoring: Public legal cases regarding corruption	<ul style="list-style-type: none"> List in a corporate publication (such as your annual report or sustainability report or on your website) any current public investigations, prosecutions or closed cases (take care to avoid stating any information that may be misleading or compromising).
D15	Monitoring: Use of independent external assurance of anti-corruption programmes	<ul style="list-style-type: none"> State that an external assurance of your anti-corruption programme has been carried out. Specify the nature and the scope of such an external assurance, i.e. if assurance has been on the programme design and/or effectiveness of the programme. Specify the scope of the engagement, e.g., company, subsidiary, business unit or function. Describe if the outcomes of an external assurance are publicly available. If yes, please specify.

Note-se que tais etapas contemplam as atividades de criação do comitê de *compliance*, implementação do *compliance* e monitoramento do programa de integridade empresarial.

Dessa feita, pode-se sustentar que o referido programa de *compliance* deve resumidamente obedecer a 6 (seis) etapas, sendo que cada uma delas terá um resultado específico.

A primeira etapa '*tone from the top*', já mencionada detidamente neste ensaio, visa implementar a coerência, o engajamento e a preocupação da alta direção com o Programa de Integridade essenciais à verificação da sua efetividade, sendo essencial a construção de diálogos consistentes e bem documentados para demonstrar o comprometimento com ética e integridade e a prevenção e combate às condutas corruptas e fraudulentas e a sua supervisão contínua. Já a etapa 2 – revisão documental – visa à análise de documentos e instrumentos da empresa para identificar áreas de vulnerabilidade em decorrência da sua atividade e da sua natureza empresarial. A terceira etapa, por sua vez, consistiria na adoção de entrevistas estratégicas destinadas à realização de coleta e análise de elementos para identificar a hierarquia de fato da organização, a estrutura do poder decisório, a praxe institucional e comercial e a percepção da corrupção, visando identificar os focos e riscos da sua atividade e relativos a sua natureza. A etapa 4 formaria a matriz de risco do negócio, com o mapeamento dos riscos constatados nas etapas anteriores e das pessoas sensivelmente expostas, em conjunto com o repositório normativo correspondente à atividade e natureza da empresa, visando à correção proporcional de condutas anticorporativas e implementação da cultura de atuação em *compliance* e a etapa 5 consistiria em normatização contemplando a documentação das

regras éticas afeitas à nova identidade empresarial em cartilhas de políticas e procedimentos, atentando às condutas de prevenção da corrupção e demais fraudes empresariais, à preocupação para com a integridade, aos possíveis sancionamentos internos sobre condutas fraudulentas e corruptas, ao monitoramento constante do programa e dos seus instrumentos e demais situações consideradas sensíveis. Por fim, a etapa 6 refere-se à comunicação e ao treinamento da promoção do programa de probidade empresarial, visando à conscientização e treinamento do público interno (colaboradores) e disseminação dos valores éticos da empresa para o público externo (parceiros, fornecedores e sociedade em geral).

Outras etapas ainda existem, pois o programa é dinâmico, e a pretensão aqui não é expor a estrutura de um programa de *compliance* efetivo, cuja complexidade não caberia neste ensaio. A ideia foi traçar linhas gerais que revelem algumas balizas elementares, tanto no âmbito conceitual da corrupção, quanto do próprio *compliance* anticorrupção.

De um modo geral, não há fórmulas fechadas para se construir um “*compliance* anticorrupção efetivo” no Brasil. Ao contrário, ainda estamos nos valendo de referências e diretrizes muito vagas, num ambiente traumático em que inúmeras empresas, diante da operação Lava Jato, foram flagradas valendo-se do *compliance* de fachada.

Se fraudes, ilícitos contra a administração pública, ordem econômica ou tributária, patrimônio público, livre concorrência, ocorrem e são praticados por pessoas ligadas a empresas, estas podem vir a ser responsabilizadas por suas organizações defeituosas.

O principal fundamento defensivo de uma empresa acusada por enquadramento na Lei Anticorrupção brasileira será a apresentação de um robusto programa de *compliance* efetivo, que demonstre processos internos de cooperação com autoridades públicas e apuração de responsabilidades dos infratores.

Ambientes transparentes, com tecnologia de ponta, e proporcionais à responsabilidade da empresa e aos seus lucros no mercado, serão cada vez mais exigidos. Um setor privado com deveres públicos, eis o novo paradigma. Há quem diga que o setor público transferiu suas responsabilidades ao privado. Porém, o que vem ocorrendo é o compartilhamento de responsabilidades, desde 1977. A equiparação de corruptos e corruptores é vital para o fortalecimento das democracias, pois a corrupção é vista como fenômeno que deteriora a agenda econômica e viola direitos fundamentais inerentes ao desenvolvimento das Nações civilizadas.

Ambientes autorregulados, que evitem a ingerência extrema do Judiciário e mitiguem danos reputacionais inerentes aos processos

sancionadores, serão a tendência contemporânea. Daí a razão de ser da proliferação de ferramentas consensuais de resolução dos conflitos, que possibilitem às empresas colaborar com os Poderes Públicos, como é o caso do acordo de leniência, que se fortalece no Brasil.⁷¹

Também a fiscalização da concorrência, com departamentos investigatórios privados ou utilização de estratégias mais agressivas de atuação de colaboração junto às autoridades públicas (em detrimento da cultura dos cartéis), deve ser outra tendência. Diante do arcabouço punitivo vigente, dificilmente as empresas optarão por participar de organizações criminosas, pelo alto risco envolvido. Será muito melhor denunciar seus concorrentes corruptos às autoridades públicas, e investir nas investigações privadas e na chamada advocacia acusatória.

Referências

CASSESE, Sabino. *Crisis y transformationes del derecho administrativo*. Ed. Documentación Administrativa, n. 250-251, ene-ago. 1998.

FAORO, Raimundo. *Os donos do Poder: formação do patronato político*. 5. ed. Globo. 2012.

FREUND, Julien. *L'essence du politique: philosophie politique*. Ed. Sirey, 1965.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*. 26. ed. Record, 1998.

HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political corruption: reading in comparative analysis*. New York: Rinehart and Winston, 1970.

HEIDENHEIMER, Arnold J. Topografia de la corrupción: investigaciones em uma perspectiva comparativa. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n. 149, sep. 1996.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. Companhia das Letras, 2006.

JEANNENEY, Jean-Noél. *Historie de la corruption: la corruption internationale*. Paris, 1999.

JIMENEZ DE PRAGA, Manuel. *La corrupción en la democracia*. Alianza, D.L., 1997.

JONES, Edwin. *Politics, bureaucratic corruption, and maladministration in the third world: some Commonwealth caribbean considerations*. Ed. Revue Internationale des Sciences Administratives, Bruxelles. 1985.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. Malheiros, 2007.

MENY, Yves. Corrupción “fin de sigilo”: cambio, crisis y transformación de los valores. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n. 149, sep. 1996.

MENY, Yves. *La corruption dans l'avié publique in problèmes politiques et sociaux: Dossiers d'actualité mondiale*, La documentation française, Paris, n. 779, 24 janvier 1997.

⁷¹ Neste sentido, é a Lei nº 13.506/2017 (art. 11) e a Lei nº 12.846/2013 (art. 16) que previram o instituto do acordo de leniência, bem como a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que estendê a prática de acordos inclusive às ações de improbidade administrativa.

MENY, Yves. *La corruption de la Republique*. Collection L'espace du politique France Librairie Artème Fayard, 1992.

MENY, Yves. La décennie de la corruption. *Le Débat*, v. 77, nov./déc. 1993.

MENY, Yves. Los grupos y el Estado em Francia: colaboracion y oposicion, aregulos y corrupcion. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 7, sep./dic. 1990.

MIRRI, Maria Beatrice. *Corruzione*: enciclopedia giuridica. Roma, 1998.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Abril Cultural, 1993.

MORAN, Jonathan. Corruption and NIC development: a case study of South Korea *Crime, Law and Social Change*. The Netherlands, Kluwer, v. 29. n. 2-2, 1998.

NENCINI, Ricardo. *Corroti e corruttori nel tempo antico*. Ed. Shakespeare and Compary, 1993.

NIETO, Alejandro. *Corrupción en la Espanã democrática*. Barcelona: Ariel. 1997.

NIETO, Alejandro. *El desgoberno judicial*. Fundación Alfonso Martín Escudero. 3. ed. Madrid: Trotta, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direitos imanentes ao devido processo legal sancionador na constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio da culpabilidade e a improbidade administrativa na Lei 8.429/92. In: FREITAS, Cristiano Chaves de et al. *Estudos sobre improbidade administrativa: em homenagem ao professor J. J. Calmon de Passos*. São Paulo: Juspodivm, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. Probidade empresarial: Lei 12.846/13. *Revista da Escola da Magistratura (Emagis) do TRF da 4. Região*. v. 1, n. 1 (out. 2014). Ed. Tribunal Regional Federal da 4. Região, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma: Tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3. ed. Milano: R.C.S. Libri S. p. A., 1999.

RODRIGUEZ- ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética institucional*. Mercado 'versis' función pública. Madrid: Dykinsin, 1996.

Documentos e sites consultados

AN ANTI-CORRUPTION ETHICS AND COMPLIANCE PROGRAMME FOR BUSINESS: A Practical Guide, elaborado pelo United Nations Office on Drug and Crime, September 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

AN UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT – Guidance on the 10 th Principle Against Corruption. Disponível em: <<http://onu.org.br>>.

GUIA COMPLIANCE 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>.

RELATÓRIO DA COMISSÃO AO CONSELHO E AO PARLAMENTO EUROPEU. Relatório Anticorrupção da UE. Elaborado pela Comissão Europeia da UE, Bruxelas, 3.2.2014, (2014). Disponível em: <<https://europa.eu/european-union>>.

<<http://www.fcpablog.com/blog/2014/5/1/anti-corruption-compliance-meeting-the-global-standard.html>>

<<http://www.imf.org>>

<<http://www.worldbank.org>>

<<https://www.int-comp.org/careers/a-career-in-compliance/what-is-compliance>>

<<http://www.mpf.mp.br>>

<<http://portal.stf.jus.br/>>

<<http://www.stj.jus.br/>>

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OSÓRIO, Fábio Medina. *Compliance anticorrupção: aspectos gerais*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bóas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 317-359. ISBN 978-85-450-0564-3.
