

Felipe Hanszmann  
Organizador

---

# Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais

---

Bruno Caldas Aranha	Julio Fleichman
Cláudio Guerreiro	Leda Batista da Silva Diôgo de Lima
Eduardo Caminati Anders	Luciana Dias
Felipe Demori Claudino	Luis Alberto Salton Peretti
Felipe Hanszmann	Luiz Alberto Colonna Rosman
Francisco Siemsen Bulhões	Maria Clara Troncoso
Guilherme Teno Castilho Missali	Maurício Moreira Menezes
Gustavo José Mizrahi	Otávio Yazbek
João Felipe Brandão Sartini	Paulo Eduardo Penna
Joaquim de Paiva Muniz	Pedro Rufino Carvalho
José Gabriel Assis de Almeida	Rodrigo Menezes
Julio Alexandrino	Tainá Hütten de Camargo
	Thiago José da Silva

EDITORA LUMEN JURIS  
RIO DE JANEIRO  
2016

Copyright © 2016 by Felipe Hanszmann

Categoria: Direito empresarial e comercial

PRODUÇÃO EDITORIAL

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.

não se responsabiliza pelas opiniões  
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à  
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais. /  
Felipe Hanszmann(Organizador) ...[ et al.]. - 1. ed. - Rio de Janeiro :  
Lumen Juris, 2016.

500 p.; 23 cm.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8440-833-7

1. Direito Comercial. 2. Mercados Financeiro – Brasil. 3. Mercado de Capital – Brasil. 4. Crescimento Econômico – Empresarial – Direito Societário. 5. Conflitos de Interesse – Negócios - Inflação – Câmbio - Aquisições. I. Hanszmann, Felipe. II. Título.

CDD –342.23

## Sumário

- Notas sobre a Evolução dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BM&FBovespa ..... 1**  
*Bruno Caldas Aranha*
- Saída Voluntária do Novo Mercado .....49**  
*Cláudio J. G. Guerreiro*
- Questões concorrenciais em operações de M&A: “o fator gun jumping” .....63**  
*Eduardo Caminati Anders*  
*Leda Batista da Silva Diôgo de Lima*  
*Guilherme Teno Castilho Missali*
- A usurpação de oportunidade comercial pelo acionista controlador: uma abordagem prática .....101**  
*Felipe Demori Claudino*  
*Francisco Siemsen Bulhões*
- Notas sobre o sistema legal brasileiro de reparação de danos sofridos por acionistas minoritários em virtude de atos ilícitos praticados por acionistas controladores ..... 125**  
*Felipe Hanszmann*
- A ação social de responsabilidade do acionista controlador e a substituição processual.....149**  
*Gustavo José Mizrahi*
- A Instrução CVM 558/15 e a Nova Regulamentação dos Administradores de Carteiras de Valores Mobiliários.....169**  
*João Felipe Brandão Sartini*
- Os novos “Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos” do Brasil: mais um capítulo na Odisseia brasileira de proteção de investimentos estrangeiros .....185**  
*Joaquim de Paiva Muniz*  
*Luis Alberto Salton Peretti*

<b>Aspectos da constitucionalidade dos processos sancionadores no âmbito da BM&amp;FBOVESPA Supervisão de Mercados – BSM.....</b>	<b>205</b>
<i>José Gabriel Assis de Almeida</i>	
<b>Apontamentos sobre a ação de dissolução parcial de sociedade no novo Código de Processo Civil.....</b>	<b>223</b>
<i>Julio Wehrs Fleichman</i>	
<b>Panorama dos Fundos de Investimento Imobiliário no Brasil.....</b>	<b>237</b>
<i>Luciana Dias</i>	
<i>Maria Clara Troncoso</i>	
<b>Regime do exercício do direito de voto na Lei 6.404/76, suas limitações e impedimentos. Diferença entre os conceitos de “vantagem ou benefício particular” e “conflito de interesses”. Importância do elemento histórico na interpretação da Lei. Critérios para interpretação de termos ou expressões técnicas da Lei. Interpretação sistemática das normas do artigo 115 com aquelas que regulam as funções e deveres do acionista controlador e da sociedade de comando no grupo de sociedades. Momento em que deve ser verificada a liquidez e dispersão das ações da companhia, para fins da aplicação do disposto no inciso II do art. 137 da Lei.....</b>	<b>273</b>
<i>Luiz Alberto Colonna Rosman</i>	
<b>Conformidade anticorrupção e ética corporativa .....</b>	<b>331</b>
<i>Mauricio Moreira Menezes</i>	
<b>Limites do modelo de private equity no Brasil: o caso dos regimes de resgate, amortização e pagamento de dividendos.....</b>	<b>369</b>
<i>Otavio Yazbek</i>	
<b>Fechamento Branco de Capital e Oferta Pública de Aquisição de Ações por Aumento de Participação.....</b>	<b>393</b>
<i>Paulo Eduardo Penna</i>	
<b>Pré-pagamentos de exportação – uma alternativa aos instrumentos de financiamento tradicionais .....</b>	<b>429</b>
<i>Pedro Rufino Carvalho</i>	

**Inovações e peculiaridades nas operações de  
Venture Capital no Brasil ..... 447**

*Rodrigo Menezes  
Julio Alexandrino*

**Conformação da estrutura jurídico-econômica da sociedade empresária e  
o exercício sustentável da empresa ..... 457**

*Tainá Hütten de Camargo*

**Towards a Core Concept of Corporate Interest.  
The Multiple-Model Approach..... 475**

*Thiago José da Silva*

# Conformidade anticorrupção e ética corporativa

Mauricio Moreira Menezes<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução - 1. Definição de corrupção: breves notas - 2. Movimento anticorrupção: um fenômeno global - 3. A Lei Anticorrupção brasileira: 3.1. Entidades sujeitas à responsabilidade; 3.2. Responsabilidade da companhia - 4. Conformidade anticorrupção: 4.1. Programas de integridade; 4.2. O whistleblowing; 4.3. Modelo holístico de prevenção da corrupção em companhias - Conclusões

**Resumo:** a corrupção representa um dos grandes males da era pós-moderna e, pelo fato de repercutir negativamente no desenvolvimento socioeconômico das sociedades organizadas, sobressai a importância de se analisar detidamente sua correlação com o exercício da atividade empresarial, assim como as medidas adotadas para sua repressão e prevenção. O escopo deste artigo é trazer reflexões básicas sobre as consequências da corrupção na atividade do empresário e, em particular, das companhias, bem como sobre as medidas anticorrupção previstas em lei, daí seguindo-se o oferecimento de críticas ao sistema legal brasileiro, centrado na Lei nº 12.846/2013.

## Introdução

**Corrupção.** Um dos piores males da humanidade. Um câncer que alcança rápida metástase de modo frequentemente imperceptível.

<sup>1</sup> Professor de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado, com experiência em direito societário, fusões e aquisições, mercado de capitais, contratos empresariais, recuperação judicial e falências e arbitragem. Editor da Revista Semestral de Direito Empresarial. Membro da Comissão Especial de Juristas Instituída pela Câmara dos Deputados para a revisão do Projeto de Código Comercial Brasileiro. Membro da Câmara de Comércio Internacional - CCI. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB e da Comissão Permanente de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/RJ. Membro da Comissão Organizadora do Congresso Brasileiro de Direito Comercial. Membro da Comissão Científica das Jornadas de Direito Comercial, organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

A corrupção afeta não apenas valores morais, mas em larga medida o desenvolvimento socioeconômico, nos mais variados sentidos. Por essa razão, a análise da atividade corruptiva e a criação de mecanismos de combate à corrupção ganharam importante espaço na agenda de diversas entidades internacionais, organismos multilaterais, governos e empresários.

Assim, no curso dos últimos vinte anos, o problema da corrupção deixou de ter contornos predominantemente nacionais e passou a ser tratado no âmbito de políticas globais de atuação de organizações vocacionadas para lidar com assuntos transnacionais, como a Organização das Nações Unidas ("ONU"), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos ("OCDE"), Organização dos Estados Americanos ("OEA"), Organização Mundial de Comércio ("OMC"), Câmara de Comércio Internacional ("CCI"), Fundo Monetário Internacional ("FMI"), Conselho da União Européia, Banco Mundial etc.

Esse fenômeno repercutiu diretamente na política dos próprios Estados, influenciando o exercício do poder de polícia, as atividades investigativa e judiciária e a edição de leis e regulamentos, além de incentivá-los a estabelecer relações bilaterais e plurilaterais para a criação de uma rede de colaboração de combate à corrupção.

Em geral, a literatura sobre o tema centra sua atenção à conduta de agentes públicos ou entes a eles ligados, como partidos políticos. No campo jurídico, tem-se examinado principalmente os efeitos penais da corrupção, sem maiores reflexões sobre as demais consequências desse ilícito.

Como acima dito, sendo um dos efeitos da corrupção o profundo e severo impacto no desenvolvimento econômico das nações, sobressai a importância de se analisar detidamente sua correlação com o exercício da atividade econômica, assim como as medidas adotadas para sua repressão e prevenção no âmbito empresarial.

Daí o motivo pelo qual este trabalho volta-se para a análise dos efeitos da corrupção relativamente à estrutura jurídica da sociedade empresária e, especialmente, de companhias abertas.

No campo da iniciativa privada, as instituições financeiras foram as primeiras a aderir a modelos de conformidade, sobretudo para prevenir a prática de crimes de lavagem de dinheiro, sonegação e corrupção, sendo instadas pelo Bancos Centrais de seus países a colaborar com informações, bem como a recusar a prestação de serviços bancários a clientes que, de alguma forma, possam levantar suspeita sobre a origem ilícita de recursos.

Mais tarde as legislações de vários países passaram a lidar com o problema da corrupção no âmbito empresarial, para fins de alcançar empresas transna-

cionais e seus gestores. Nesse sentido, o "The U.S. Foreign Corrupt Practices Act" ("FCPA") é citado como relevante precursor de convenções internacionais e leis nacionais promulgadas com igual objetivo.<sup>2</sup>

Em 1998, foi aprovada nos Estados Unidos o "International Anti-Bribery and Fair Competition Act", cujo escopo foi alterar e adequar o FCPA e o "Securities and Exchange Act" de 1934 às normas dispostas na Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais ("Convenção OCDE").<sup>3</sup>

2 O FCPA corresponde à Lei Pública 95-213, aprovada em 19 dez. 1977, alterado em 1988 pela "Omnibus Trade and Competitiveness Act" (Lei Pública 100-418, de 23 ago. 1988). Segundo divulgado pelo Departamento de Justiça norte-americano: "The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA"), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person. Since 1977, the anti-bribery provisions of the FCPA have applied to all U.S. persons and certain foreign issuers of securities. With the enactment of certain amendments in 1998, the anti-bribery provisions of the FCPA now also apply to foreign firms and persons who cause, directly or through agents, an act in furtherance of such a corrupt payment to take place within the territory of the United States. The FCPA also requires companies whose securities are listed in the United States to meet its accounting provisions. See 15 U.S.C. § 78m. These accounting provisions, which were designed to operate in tandem with the anti-bribery provisions of the FCPA, require corporations covered by the provisions to (a) make and keep books and records that accurately and fairly reflect the transactions of the corporation and (b) devise and maintain an adequate system of internal accounting controls." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 20 set. 2016).

3 Confira-se o pronunciamento feito pelo então Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton: "It is with great pleasure that I sign today S. 2375, the 'International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998.' This Act makes certain changes in existing law to implement the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, which was negotiated under the auspices of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). The Convention was signed on December 17, 1997, by the United States and 32 other nations. On July 31, 1998, the Senate gave its advice and consent to ratification of the Convention. With enactment of this bill, the United States is able to proceed with the deposit of its instrument of ratification, and it is my hope that the Convention will enter into force by the end of 1998, the target date established by OECD Ministers. The United States has led the effort to curb international bribery. We have long believed bribery is inconsistent with democratic values, such as good governance and the rule of law. It is also contrary to basic principles of fair competition and harmful to efforts to promote economic development. Since the enactment in 1977 of the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA),



No Brasil, o marco regulatório do tema é a Lei nº 12.846/2013 ("Lei Anticorrupção"), que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

As normas da Lei Anticorrupção trazem importantes inovações e sua interpretação está em franca construção.

Qual a sua recepção pelo Direito Societário? De que modo ela alcança a atividade das sociedades empresárias e, mais profundamente, sua estrutura jurídica?

O escopo deste artigo é trazer reflexões básicas sobre as consequências da corrupção na atividade do empresário e, em particular, das companhias, bem como sobre as medidas anticorrupção previstas em lei, daí seguindo-se o oferecimento de críticas ao sistema legal brasileiro, tudo para fins de colaborar na discussão de um tema que ocupa, contemporaneamente, o centro das atenções das classes política, empresária e jornalística nacionais.

## 1. Definição de corrupção: breves notas

O termo corrupção tem sua origem na expressão latina "corruptio", que significa destruição, decadência moral ou podridão. Historicamente, o conceito de corrupção era dotado de forte conotação moral e vinha ligado a desvios de comportamento.<sup>4</sup>

---

U.S. businesses have faced criminal penalties if they engaged in business-related bribery of foreign public officials. Foreign competitors, however, did not have similar restrictions and could engage in this corrupt activity without fear of penalty. Moreover, some of our major trading partners have subsidized such activity by permitting tax deductions for bribes paid to foreign public officials. As a result, U.S. companies have had to compete on an uneven playing field, resulting in losses of international contracts estimated at \$30 billion per year [...] Under the Convention, our major competitors will be obligated to criminalize the bribery of foreign public officials in international business transactions." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Casa Branca. William J. Clinton. 10 nov. 1998. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/signing.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016). O "International Anti-Bribery and Fair Competition Act" foi aprovado como Lei Pública 105-366, em 10 nov. 1998.

4 KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988, p. 23. Em trabalho mais recente, o autor converge com outras opiniões que são mencionadas neste artigo, para propor a seguinte noção de corrupção: "Corruption can go beyond bribery to include nepotism, neglect of duty and favoritism. Corrupt acts can involve third parties outside the organization (in transactions with clients and citizens, such as extortion and bribery) or be internal to an organization (theft, embezzlement, some types of fraud). Corruption can occur in government, business, civil society organizations and international agencies. Each of these varieties has the dimension of scale, from episodic to systemic." (KLITGAARD, Robert. *Addressing corruption together*. Paris: OECD, 2015, p. 18).

A concepção de corrupção é, segundo Michael Johnston, tradicionalmente vinculada à moralidade das sociedades em geral e menos a atos de indivíduos. Conforme o autor, essa noção havia sido adotada por filósofos desde a antiguidade, estando presente no pensamento de Platão e Aristóteles. Na era moderna, outros cientistas políticos inclinaram-se por esse caminho, dentre os quais se destacam Nicolau Maquiavel, Montesquieu e Rousseau.<sup>5</sup>

Nessa linha, aqueles autores correlacionaram a corrupção à má política, para fins de destacar situações de declínio moral e político de dado sistema. Funciona como termômetro da saúde moral de determinada sociedade, em termos de distribuição de direitos e poderes, relações entre líderes e liderados, fontes de poder e a prerrogativa moral de legisladores legislarem.

De lá para cá a definição de corrupção evoluiu e modernizou-se, passando a abranger uma série de noções decorrentes de desvios de conduta praticados nas mais variadas hipóteses de inter-relacionamento humano, cujo resultado traga uma vantagem injusta para os autores do ilícito, com negativas repercussões socioeconômicas e, possivelmente, políticas, estas a depender do tipo de corrupção.<sup>6</sup>

5 JOHNSTON, Michael. The Search for Definitions: The Vitality of Politics and the Issue of Corruption. *International Social Science Journal*, Cambridge, v. 149, p. 322, set. 1996.

6 Como se sustenta, a corrupção pode assumir um sem número de feições. As de efeito político são predominantemente tendentes à manutenção de poder por certo indivíduo ou grupo de indivíduos, sendo exemplos, tanto tradicionais quanto contemporâneos, o financiamento ilícito de campanhas eleitorais e de partidos políticos. A literatura sobre o problema é farta, principalmente à luz da experiência estrangeira, podendo ser citadas, entre outras, as seguintes publicações: HEYWOOD, Paul M. (Ed.). *Routledge handbook of political corruption*. New York: Routledge, 2015; ETZIONI, Amital. *Political corruption in the United States: a design draft*. Glasgow: Centre for the Study of Public Policy, University of Strathclyde, 2014; SCIARRONE, Rocco; DONATIello, Davide; MOISO, Valentina. *La 'ndrangheta in Piemonte: affari e politica nel Canavese*. In: SCIARRONE, Rocco. *Mafia del Nord: strategie criminali e contesti locali*. Roma: Donzelli, 2014; BUCHAN, Bruce. *An intellectual history of political corruption: political corruption & governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2014; DARD, Olivier; ENGELS, Jens Ivo (Ed.). *Patronage et corruption politiques dans l'Europe contemporaine*. Paris: Armand Colin, 2014; GINGERICH, Daniel W. *Political institutions and party-directed corruption in South America: stealing for the team*. New York: Cambridge University, 2013; BERNEZ, Lou. *Campaign financing and politician's careers: a dynamic perspective*. In: MENDILOW, Jonathan (Ed.). *Money, corruption, and political competition in established and emerging democracies*. Lanham: Lexington Books, 2012; JANKOWSKI, Paul. *Shades of indignation: political scandals in France, past and present*. New York: Berghahn Books, 2008; BATRA, Raveendra N. *The new golden age: the coming revolution against political corruption and economic chaos*. New York: Palgrave Macmillan, 2007; BRIQUET, Jean-Louis. *Mafia, justice et politique en Italie: l'affaire Andreotti dans la crise de la republique*. Paris: Karthala, 2007; BULL, Martin J.; NEWELL, James L. (Ed.). *Corruption in contemporary politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2003; HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political parties and political corruption in comparative historical perspective*. Florence: European University Institute, 1999;

Com o objetivo de universalizar e simplificar a identificação do problema, o Banco Mundial define ato de corrupção como abuso de autoridade pública para obtenção de benefício particular ("the misuse of entrusted authority for private gain"). Embora essa definição seja geralmente aceita, críticas foram formuladas em razão de sua aparente insuficiência. É a própria instituição, ao reconhecer que a noção de corrupção compreende amplo rol de comportamentos, menciona que o propósito de sua definição é delimitar elementos comuns a variados sistemas jurídicos e culturas.<sup>7</sup>

Uma dessas críticas, que convém comentar, é aquela ofertada por Vito Tanzi, a afirmar que as vantagens obtidas pela corrupção podem ser direcionadas a terceiros (amigos ou parentes da autoridade pública), ou mesmo a um partido político e, ainda, tais vantagens podem não significar pagamento de propina, mas sim presentes ou "agrados" de difícil mensuração. Nesse sentido, confira-se o discurso de Vito Tanzi:

Corruption comes in many shapes and forms. Its is very difficult to define and at times its is even more difficult to identify [...] Here we shall simply define it as the intentional non-compliance with an arm's-

---

DELEON, Peter. *Thinking about political corruption*. Armonk: M.E Sharpe, 1993; DELLA PORTA, Donatella (Ed.); MÉNY, Yves. *Democracy and corruption in Europe*. Washington: Pinter, 1997; DELLA PORTA, Donatella. *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*. Bologna: Il Mulino, 1994; MARTINS, José de Souza. *Clientelism and corruption in contemporary Brazil*. In: LITTLE, Walter; HOUNDMILLS, Eduardo Posada-Carbó. *Political corruption in Europe and Latin America*. New York: St. Martin's, 1996.

7. Leia-se trecho do relatório institucional sobre medidas de combate à corrupção divulgado pelo Banco Mundial: "Corruption is a complex phenomenon [...] The term corruption covers a broad range of human actions. To understand its effect on an economy or a political system, it helps to unbundle the term by identifying specific types of activities or transactions that might fall within it. In considering its strategy the Bank sought a usable definition of corruption and then developed a taxonomy of the different forms corruption could take consistent with that definition. We settled on a straightforward definition—the abuse of public office for private gain. 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." (BANCO MUNDIAL. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm#note1>>. Acesso em: 30 set. 2016).

length relationship, aimed at deriving some advantage, for oneself or related individuals, from this behavior [...] The term 'corruption' comes from the Latin verb to break, *rumpere*. It thus implies that something is broken [...] This something might be a moral or social code of conduct or, more often, an administrative rule. If it is the latter, a requirement must be that the rule is broken is precise and transparent. Another is that the official who breaks it derives some recognizable benefit for himself, his family, his friends, his tribe or party, or some other relevant group. Additionally the benefit derived must be seen as a direct *quid pro quo* from the specific act of 'corruption'. This simple description reveals potential difficulties;<sup>8</sup>

O autor não para por aí e traz outra reflexão fortemente pertinente à realidade brasileira: a burocracia governamental é em grande parte responsável por criar instrumentos que tornam possível a prática de corrupção. Sem pretender exaurir os exemplos, Vito Tanzi faz menção aos seguintes: (i) regulação, em especial as que versam sobre licenças, autorizações e permissões de várias naturezas e que contêm importante valor econômico para o exercício da iniciativa privada; (ii) multas por supostas ou efetivas violações à norma; (iii) controle sobre "procurement contracts"; (iv) controle sobre contratos de obras públicas e de infraestrutura (rodovias, aeroportos etc.), que podem vir a beneficiar específicas áreas ou alguns prestadores de serviços em detrimento de outros; (v) programas de incentivo fiscal ou de concessão de crédito subsidiado (aliás, adotados em larga medida por alguns entes da Federação brasileira)<sup>9</sup>; (vi) controle sobre contratações e pro-

8 TANZI, Vito. *Policies, institutions and the dark side of economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 94.

9 Conforme noticiado pela imprensa, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro condenou o ex-governador do Estado Sérgio Cabral e a companhia de origem francesa Michelin a ressarcir os cofres públicos, por benefícios fiscais irregulares: "O ex-governador Sérgio Cabral e a empresa Michelin foram condenados a ressarcir o estado de valores de ICMS que deixaram de ser pagos, por causa da concessão de benefícios fiscais. A decisão é da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio. Concedidos a partir de 2010, os benefícios aliavam, sem prazo determinado, o recolhimento do imposto devido na compra de equipamentos para a ampliação da fábrica da empresa em Itaitiá, no Sul Fluminense [...] Na ação inicial, movida pelo Ministério Público estadual, a alegação era que os benefícios seriam ilegais, configurando renúncia de receita. Como ela foi julgada improcedente, o MP recorreu. No novo julgamento, em março deste ano, foi reconhecida a ilegalidade da isenção fiscal. Houve, no entanto, divergência quanto aos réus terem ou não de ressarcir o estado [...] Na última terça-feira, o desembargador José Aclir divulgou seu voto, que confirmou a condenação dos réus [...] Segundo o promotor Marcos Antonio Maselli, o valor das compras feitas pela Michelin é de R\$ 600 milhões. O cálculo do total a ser ressarcido depende ainda de informações do estado" (Justiça

moções; (vii) controle sobre concessão de benefícios (pensão por invalidez, bolsas de estudo e subsídios); (viii) controle sobre acesso a tarifas populares de serviços públicos (eletricidade, telefonia e água); e (ix) decisões da Administração Fazendária (auditoria e fiscalização, lançamento fiscal por arbitramento etc.).

Quanto mais um país faz uso de instrumentos como esses e quanto maior a intervenção do Estado na economia, maior será o potencial para a prática de corrupção, pois fornecem relevante poder para os agentes públicos, que deles se utilizam para extrair, para si ou para outrem (pessoas de sua família ou amigos), benefícios indevidos, por meio da exploração de uma posição monopolista, derivada do exercício daquele poder.<sup>10</sup>

Mas a corrupção pode ser considerada, em tese, um problema estritamente privado ("private-to-private corruption"), segundo defendido pela autorizada doutrina de Gunter Heine e Tomas O. Rose, cuja pesquisa, conforme declarado pelos autores, foi fruto da colaboração ativa da CCI e do "Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law".<sup>11</sup>

Tomas O. Rose relatou que a ideia da investigação surgiu em 1997 por iniciativa da CCI, no sentido de demonstrar à OCDE a necessidade de se criminalizar o suborno nas práticas comerciais internacionais, independentemente das partes envolvidas, uma vez que, naquele ano, o grupo de trabalho competente da OCDE

---

manda Cabral ressarcir estado por isenções fiscais. *Jornal O Globo Online*. Rio de Janeiro, 6 out. 2016. Disponível em: <<http://globo.globo.com/rio/justica-manda-cabral-ressarcir-estado-por-isencoes-fiscais-20251583#ixzz4Mellrnek>>. Acesso em: 10 out. 2016). A Folha de São Paulo havia publicado em 2011 matéria a esse respeito, correlacionando o benefício fiscal à doação de recursos para a campanha eleitoral de Sérgio Cabral, nos seguintes termos: "Dois meses após receber da Michelin R\$ 200 mil em doação para sua campanha eleitoral, o governador Sérgio Cabral (PMDB) concedeu à empresa francesa benefício fiscal para expansão de sua fábrica em Itaíara (RJ) no valor de R\$ 1 bilhão [...] O peemedebista foi o único político no país a receber doação da empresa. Os R\$ 200 mil foram depositados em setembro, segundo o Tribunal Superior Eleitoral." (NOGUEIRA, Italo; MARTINS, Marco Antônio. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 29 jun. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po2906201113.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016).

10 Na sequência, Vito Tanzi faz importante ponderação sobre as graves consequências econômicas da corrupção, nos termos seguintes: "When civil servants appropriate, for their own use, the instruments that the government has at its disposal to influence the economy and to correct the shortcomings of the private market, they reduce the power of the state and its ability to play the interded and presumably corrective role. In a way this represents a privatization of the state, where its power is not shifted to the market, as privatization normally implies, but to government officials and bureaucrats. This will inevitably damage the functioning of the market." (TANZI, Vito, op. cit., p. 97).

11 HEINE, Gunter; ROSE, Tomas O. *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*. Freiburg: Edition Iuscrim, 2003.

("Working Group on Bribery in International Business Transactions") havia decidido delimitar seu foco de atuação ao problema da corrupção de servidores públicos estrangeiros. Em 1998, o referido grupo de trabalho da OCDE instou a CCI a seguir em frente em sua demonstração, a fim de que viesse a dar o devido suporte para a efetiva condenação desse tipo de ilícito. E, para esse fim, foram examinados os sistemas jurídicos de treze países-membros da OCDE.

De modo coerente, Tomas O. Rose sustentou que os processos de privatização de atividades antes consideradas tipicamente governamentais (como a prestação de serviços públicos) e a majoração da complexidade dos instrumentos negociais fizeram com que a CCI, desde 1977, fosse defensora de tratamento similar à corrupção em negócios celebrados por entidades públicas e privadas. Cabe transcrever suas palavras:

ICC has taken a consistent position since adopting its first Rules of Conduct in 1977 that no meaningful distinction exists between public and private bribery, that they both distort commercial dealings and that they deserve similar treatment in the law. Its commitment to this principle has only grown in the succeeding years, which have been marked by the privatization of many formerly governmental functions, by increased complexity and interaction between the public and private sectors in international transactions and by an increase in the monetary value of these transactions.<sup>12</sup>

Trata-se da hipótese em que os agentes envolvidos no ilícito estão sujeitos às normas de direito privado ("transactions between two persons both of whom are subjects of private law"). Exemplo típico desse ilícito consiste no representante de vendas de uma companhia que dá dinheiro, presentes ou outras vantagens para o "gerente de compras" (ou profissional em posição equivalente) de um potencial cliente, de tal sorte a vencer uma concorrência comercial.

As conclusões dos autores foram, resumidamente, as seguintes: (i) as sanções criminais vinham direcionadas para a punição de agentes públicos, ou seja, quando dinheiro público ou deveres de conduta de servidores públicos quedavam-se envolvidos; (ii) a corrupção no setor privado, tal como a do setor público, consistia em problema de magnitude nacional nos países pesquisados; (iii) partes privadas devem lidar com a corrupção por meio de "remédios" civis

12 ROSE, Tomas O. Introduction. In: HEINE, Gunter; \_\_\_\_\_, *Private Commercial Bribery: A Comparison of National and Supranational Legal Structures*. Freiburg: Edition iuscrim, 2003, p. 1.

ou pela autorregulação, uma vez que a implementação de um sistema público para sua coibição se mostraria despropositado e um desperdício.

Ao que tudo indica, a difusão da coibição da corrupção estritamente privada consubstancia questão de tempo. Embora não haja, formalmente, um bem jurídico definido em lei para fins de proteção contra a corrupção privada, subsiste a legitimidade de se tutelar direitos patrimoniais privados, tais como o direito de propriedade e o direito de crédito.

Adicionalmente, o combate à corrupção privada colaborará no sentido de prevenir ou reprimir a concorrência desleal, a violação de deveres de lealdade e de diligência e o desvio de finalidade por parte de administradores e de empregados do empresário, bem como a má-gestão dos bens de produção e demais ativos empresariais.

Repare-se que a discussão em tela traz em si questões fundamentais para o Direito Societário e para o Direito Empresarial, todas tendentes à efetiva melhoria das relações comerciais entre empresários e, conforme o caso, das relações entre as companhias e seus *stakeholders*.

Com efeito, definir as balizas entre público e privado no problema da corrupção consubstancia verdadeiro paradoxo, porquanto agentes de ambas naturezas podem vir a participar do malfeito, direta ou indiretamente, imediata ou mediatamente, inclusive por meio de outros ilícitos, como a lavagem de dinheiro e a sonegação fiscal.

Vale concluir esta seção com o pensamento de Robert Klitgaard, que, após trazer as primeiras noções sobre corrupção (semelhantes àquelas sugeridas pelo Banco Mundial), faz a seguinte exposição a respeito da corrupção no setor privado:

Corruption is a term with many meanings. The beginning of wisdom on the issue is to subdivide and analyze its many components. Viewed most broadly, corruption is the misuse of office for unofficial ends. The catalogue of corrupt acts includes - but is not limited to - bribery, extortion, influence peddling, nepotism, fraud, the use of 'speed money' (money paid to government officials to speed up their consideration of a business matter falling within their jurisdiction), and embezzlement. Although people tend to think of corruption as a sin of government, it also exists in the private sector. Indeed, the private sector is involved in most government corruption.<sup>13</sup>

13 KLITGAARD, Robert. *International Cooperation Against Corruption*. Finance & Development, Washington DC, v. 35, n. 1, p. 4, mar. 1998.

Colocadas as primeiras noções a propósito da definição de corrupção, passa-se adiante ao exame de sua transnacionalidade e do desenvolvimento de um sistema global anticorrupção, fundamentais para a adequada interpretação da Lei Anticorrupção.

## 2. Movimento anticorrupção: um fenômeno global

Há aproximadamente duas décadas a corrupção deixou de ser analisada como problema predominantemente nacional e passou a integrar a ordem do dia de políticas globais de atuação de organizações multilaterais e transnacionais.

O enquadramento da corrupção como fenômeno global propagou-se fortemente na segunda metade da década de 1990, levando à publicação de ampla literatura, sob as mais diferentes lentes, provocando a edição de teses, livros e artigos em diversas áreas do conhecimento. Vito Tanzi resumiu esse sentimento na seguinte forma:

Not long ago the word 'corruption' was infrequently used in professional works, although the problem reflected by its existence is obviously a very old one [...] Recent newspaper articles indicate that this phenomenon is far more widespread and universal than previously thought. Evidence of it is everywhere, in developing countries and, with growing frequency, in industrial countries. A perusal of recent newspapers would show that this problem has attracted a lot of attention in Brazil, France, Germany, Greece, India, Italy, Japan, Korea, Russia, Spain and many other places. Prominent political figures, including presidents of countries and ministers, have been accused of corruption and, as a consequence, some have resigned or have been forced out of offices.<sup>14</sup>

Nesse sentido, o interesse da comunidade internacional é identificado igualmente com relação a atos praticados por um nacional dentro do território de seu país. Como bem anotado por Julio Bacio Terracino, uma situação como essa, aparentemente identificável como um problema interno de um país, ganha relevância internacional por dois principais motivos, a seguir comentados.<sup>15</sup>

14 TANZI, Vito. Op. cit., p. 93.

15 TERRACINO, Julio Bacio. *The international legal framework against corruption: states' obligations to prevent and repress corruption*. Cambridge: Intersentia, 2012, p. 1. O livro tem origem em tese de doutorado defendida pelo autor em 2010 no âmbito do Graduate Institute of International Studies, sediado



O primeiro motivo é de natureza econômica e resulta da necessidade de tutelar a boa concorrência entre empresas transnacionais, o que impõe o nivelamento das condições de aproveitamento das oportunidades comerciais criadas nos diferentes países. Assinala o autor que esse fato repercute, imediatamente, em favor do aprimoramento dos indicadores socioeconômicos de países em desenvolvimento. Adicionalmente, a complexidade dos esquemas corruptivos, que incluem transferência internacional de recursos, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, financiamento a outras atividades ilícitas de ordem internacional (como o terrorismo e tráfico de drogas), exige o esforço multilateral para sua coibição.

Examine-se adiante o raciocínio de Julio Bacio Terracino:

While corruption may not in all cases necessarily be transnational, this may be the most effective approach to its repression. Even where domestic laws exist to combat corruption and the offence takes place wholly within the offender's own country, acts of corruption may have international consequences. The offender may flee the country to avoid prosecution, or may launder the proceeds of bribery in a foreign country where bank secrecy laws help to hide traces. In this sense, corruption remains a national crime, but in its modern form requires international efforts for its suppression.<sup>16</sup>

A propósito, tais razões foram plenamente acolhidas pelos países membros da OCDE, que fizeram constar do preâmbulo da Convenção OCDE a consideração adiante reproduzida: "corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade".

O segundo motivo apontado por Julio Bacio Terracino é de ordem jurídica e refere-se ao próprio desenvolvimento do direito internacional, que, embora tradicionalmente voltado para regular relações entre Estados, passou a abranger, desde meados do século XX, problemas específicos da sociedade contemporânea, com o objetivo de promover o bem-estar e melhores condições de vida da pessoa humana, pleno emprego e o desenvolvimento socioeconômico dos países

---

em Geneva, Suíça. Desde 2010, o autor trabalha para a OCDE, dedicando seus esforços profissionais para o desenvolvimento de medidas anticorrupção.

membros da comunidade internacional. Foi nesse sentido que o direito internacional deixou de ter caráter exclusivamente "horizontal" (ligado à regulação das relações diplomáticas entre Estados) para assumir aquele "vertical" de cooperação (ligado à regulação de matérias que afetam severamente as condições de vida da pessoa humana).<sup>17</sup>

Além disso, o aprofundamento inexorável do fenômeno da globalização e a consequente facilidade de deslocamento de pessoas, bens e informações justifica a conjugação de medidas por Estados Nacionais e organizações internacionais para a repressão da corrupção.

Uma das principais consequências da internacionalização da corrupção consiste na criação de um regime normativo de combate à sua prática, particularmente por meio da celebração de tratados e acordos internacionais. Contam-se atualmente impressionantes quatorze tratados, cabendo mencionar, para fins de artigo, os seguintes: (i) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ("Convenção ONU")<sup>18</sup>; (ii) Convenção da OCDE Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais ("Convenção OCDE")<sup>19</sup>; (iii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos – OEA ("Convenção OEA")<sup>20</sup>.

Esses documentos internacionais, aos quais o Brasil aderiu, foram determinantes para a edição da Lei Anticorrupção, como se descreverá adiante.

17 Ibidem, p. 3.

18 A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31.10.2003 e assinada pelo Brasil em 09.12.2003. Foi promulgada e passou a vigor no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 5.687, de 31.01.2006.

19 A Convenção OCDE foi concluída em Paris, em 17.12.1997 e entrou em vigor internacional em 15.02.1999. O Congresso Nacional brasileiro a aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 125/2000 tendo o Governo brasileiro depositado o Instrumento de Ratificação à referida Convenção em 24.08.2000, razão pela qual passou a vigorar, para o Brasil, em 23.10.2000. Foi promulgada e passou a vigor no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 3.678, de 30.11.2000. O principal objetivo da Convenção OCDE é o de prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais.

20 Convenção Interamericana contra a Corrupção foi aprovada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos em de 29.03.1996. O Congresso Nacional brasileiro a aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 152/2002. Foi promulgada e passou a vigor no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 4.410, de 07.10.2002.

### 3. A lei anticorrupção brasileira

Como antecipado nas notas introdutórias deste artigo, o Brasil é principiante na discussão científica da corrupção. Enquanto outros países incentivaram o aprofundamento do problema nos campos acadêmico e profissional há décadas, por aqui a mobilização ocorreu de modo efetivo com a edição da Lei Anticorrupção, de tal modo que há um longo caminho a percorrer, especialmente para sua adequada aplicação e para a formação de uma cultura empresarial anticorrupção.<sup>21</sup>

O tema é extremamente complexo e exige cuidadosa análise multidisciplinar, com colaboração de profissionais habilitados em diferentes áreas do conhecimento, como a filosofia, ciência política, sociologia, antropologia, economia, administração e direito.

A Lei Anticorrupção não resulta de uma política de governo. Representa o adimplemento de compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional, especialmente pela adesão à Convenção OCDE, que determina aos Estados signatários a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, bem como a aplicação de sanções civis ou administrativas aos responsáveis.

No campo jurídico há, por si, a necessidade de conjugação de leituras por profissionais de diversas especialidades (em especial, administrativistas, civilistas, criminalistas e comercialistas), porquanto a Lei Anticorrupção é, sem dúvida, de caráter interdisciplinar.

Os trabalhos até hoje publicados a seu respeito contêm predominantemente pontos de vista do Direito Administrativo, sendo poucas as obras elaboradas sob a perspectiva do Direito Empresarial.

Assim, nas linhas que se seguem, serão comentados certos aspectos da Lei Anticorrupção, considerados úteis para o desenvolvimento deste artigo.

#### 3.1. Entidades sujeitas à responsabilidade

Quanto aos destinatários da norma, o art. 1º, parágrafo único, da Lei Anticorrupção contempla ampla lista de organizações, independentemente de sua forma

21 Sustenta-se que a Lei nº 8.429/92 ("Lei da Improbidade Administrativa") e a Lei nº 9.613/98 ("Lei de Coibição da Lavagem de Dinheiro") funcionaram como predecessoras da Lei Anticorrupção. No entanto, são diplomas que figuram como instrumentos para a repressão de ilícitos e em nada se aproximam do conteúdo e escopo da Lei Anticorrupção.

jurídica, de sorte a abranger atos praticados por sociedades empresárias e simples ("personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado"), bem como 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".

Como se vê, o legislador alargou ao máximo a possibilidade de aplicação da lei, alcançando entidades que não exercem atividade empresarial ou que sequer sejam personificadas, a despeito do *caput* referir-se a "responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas".

Haveria, por conseguinte, aparente contradição na norma, ao dispor sobre a responsabilidade de "pessoa jurídica não personificada" (*sic*), o que seria, evidentemente, absurda agressão às bases das teorias explicativas da pessoa jurídica, além de brutal ruptura com o sistema estabelecido pelo Código Civil<sup>22</sup>. Portanto, esse ponto merece alguma reflexão, para não dizer correção.

Logo, ao que tudo indica, a melhor interpretação é no sentido de considerar como destinatária da norma qualquer organização que possa funcionar como sujeito de direito, independentemente de seu tipo jurídico ou de ter adquirido personalidade jurídica, cujo propósito seja a exploração de atividade econômica, ainda que revestida (indevidamente) por forma jurídica destinada a entidades sem fins lucrativos (como associações ou fundações).

Essa orientação é fruto de interessante evolução que se pode verificar a partir da experiência estrangeira.

Nesse sentido, para que se faça referência ao mais importante precedente legislativo nessa matéria, é válido registrar que o FCPA voltou-se, em sua primeira versão, de 1977, aos emissores de valores mobiliários ("every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or every issuer which is required to file reports pursuant to section 15(d) of this title"), porquanto editado para incluir normas no "Securities and Exchange Act" de 1934.

Posteriormente, para fins de adaptação à Convenção OCDE, o FCPA foi alterado para incorporar a noção de "empreendimento", qualquer que seja sua forma jurídica. Confira-se abaixo a versão traduzida do texto incluído em 1998, conforme disponibilizado pelo Departamento de Justiça norte-americano:

22 Vide, por todos: COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1985.

78dd-2. Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior

(a) Proibição

Será ilícito a qualquer empreendimento nacional, exceto um emissor sujeito à seção 78dd-1 deste título, ou a qualquer dirigente, diretor, funcionário ou agente de tal empreendimento nacional ou qualquer acionista do mesmo que esteja agindo em nome do mesmo, fazer uso dos correios ou qualquer outro meio ou organismo governamental de comércio interestadual corruptamente para promover uma oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização de pagamento de qualquer soma em dinheiro ou oferta, doação, promessa de doação ou autorização de doação de qualquer item de valor a (1) qualquer dirigente estrangeiro [...] (2) qualquer partido político estrangeiro ou dirigente do mesmo ou um candidato a cargo político no exterior [...] (3) qualquer pessoa, sabendo que o total ou parte de tal soma em dinheiro ou item de valor será direta ou indiretamente oferecido, doado ou prometido a qualquer dirigente estrangeiro, partido político ou dirigente do mesmo no exterior, ou a qualquer candidato a cargo político no exterior [...] para ajudar tal empreendimento nacional na obtenção ou manutenção de negócios para qualquer pessoa ou para direcionar negócios a essa pessoa [...]

Para fins desta seção: (1) O termo 'empreendimento nacional' significa (A) qualquer indivíduo que é cidadão, nativo ou residente dos Estados Unidos; e (B) qualquer sociedade anônima, sociedade, associação, empresa de capital comum, truste comercial, organização não constituída comercialmente ou empresas de um só proprietário que tenham sua sede nos Estados Unidos, ou que tenha sido organizada segundo as leis de um estado dos Estados Unidos, ou de um território, possessão, ou membro da comunidade dos Estados Unidos.<sup>23</sup> (tradução do autor; grifos nossos).

23 A versão na língua inglesa menciona "any domestic concern", como se vê do trecho a seguir reproduzido: "It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to [...] (1) any foreign official [...] (2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office [...] (3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office [...] in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person [...] For purposes of this section: (1) The term "domestic concern" means (A) any individual who is a citizen,

Nessa linha, não se pode perder de vista que o objetivo central do legislador é coibir a corrupção no âmbito do exercício da atividade econômica e que a razão da ampliação do rol de organizações sujeitas à responsabilidade se deve à necessidade de se tornar desinfluyente a forma jurídica adotada para a realização de determinado empreendimento. Como o empresário assume o protagonismo da livre iniciativa econômica, é natural que a Lei Anticorrupção seja vocacionada para disciplinar normas voltadas para o exercício da empresa.

Particularmente, considerando que as empresas de maior dimensão econômica potencializam os malefícios causados pelas práticas corruptivas, serão considerados nas seções seguintes deste artigo aspectos relacionados às companhias abertas, iniciando-se com sucintas reflexões a respeito de sua responsabilidade, à luz das inovações trazidas pela Lei Anticorrupção.

### 3.2. Responsabilidade da companhia

Parece ser incontroverso que a Lei Anticorrupção estabeleceu novo regime de responsabilidade das companhias abertas, que inclui a responsabilidade civil, de caráter objetivo e tendente à realização do ressarcimento integral do dano, bem como a responsabilidade “administrativa”, de caráter exclusivamente punitivo.<sup>24</sup>

Na doutrina brasileira, há vozes que se posicionaram quanto a ambas categorias de responsabilidade.

A propósito da responsabilidade civil, Modesto Carvalhosa entende que a Lei Anticorrupção teria adotado a Teoria do Risco Criado, para fins de imputação de responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas, em decorrência da prática

---

national, or resident of the United States; and (B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Justiça. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrrupt-practices-act>>. Acesso em: 20 set. 2016).

24 “Art. 2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. A reparação do dano integral encontra-se prevista em diversos artigos da lei, valendo citar os art. 4º, §§ 1º e 2º; art. 6º, § 3º; art. 13; art. 16, § 3º; art. 19, § 4º; art. 21, p. único.

de ilícitos nela previstos, “mesmo porque, em se tratando de pessoa jurídica, falta o elemento volitivo”.<sup>25</sup>

Segundo Carvalhosa, a Teoria do Risco Criado justifica-se pelo fato de o dever de indenizar não se correlacionar com o benefício alcançado pela pessoa jurídica corrupta, distanciando-se, pois, da Teoria do Risco Proveito. Segundo o autor, a indenização deverá ser proporcional à extensão do dano sofrido pelo Estado, que poderá existir ainda que a pessoa jurídica não tenha sequer obtido “vantagem ou benefício provindo de sua conduta ilícita, por face às circunstâncias que frustrem tais objetivos no caso concreto”.<sup>26</sup>

A visão de Carvalhosa parece acertada e tem amparo na cláusula geral disposta no parágrafo único do art. 927, do Código Civil, o qual acolheu, de certa forma, a Teoria do Risco, impondo o dever de indenizar àquele que assume atividade geradora de situações perigosas. A cláusula geral do art. 927 pode perfeitamente ser interpretada como fonte subsidiária à Lei Anticorrupção, uma vez que objetiva o adequado ressarcimento do dano de injusto.<sup>27</sup>

Enquanto no Brasil a questão está em início de discussão, foram conquistados avanços significativos na doutrina estrangeira, no sentido de se construir teorias explicativas da responsabilidade das companhias pela prática de corrupção.

25 CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846/2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

26 CARVALHOSA, Modesto, loc. cit.

27 A Teoria do Risco, fruto da evolução do sistema de responsabilidade civil, foi examinada de modo bem sucedido por Louis Josserand em página clássica, adiante resumida: “[...] Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem em seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem [...] não convém admitir que somos responsáveis não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos pura e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem? O fazedor de atos, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do risco. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar suas conseqüências, abstração feita de qualquer falta cometida [...] Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa; é em torno desses dois pólos que gira a vasta teoria da responsabilidade.” (JOSERRAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. *Revista Forense*, v. 86. Rio de Janeiro, p. 52 e ss).

Com efeito, segundo divulgado pela OCDE ainda no ano 2000, há ao menos três diferentes teorias merecedoras de nota, nomeadamente a Teoria da Identificação ou do Alter Ego ("Identification or Alter Ego Theory"), a Teoria do Defeito da Organização Societária ("The Faulty Corporate Organization Theory") e a Teoria da Responsabilidade Estrita.<sup>28</sup>

A Teoria do Alter Ego tem origem no direito criminal inglês e determina a responsabilidade da companhia por desvios praticados por seletos grupo de administradores que possa ser identificado como "cérebro" da organização ("senior officers").

Marco Rnone e Leonardo Borlini trazem os seguintes comentários acerca dessa Teoria:

The central thesis of the first model, the so-called Identification or Alter Ego Theory, which originates from English criminal law, is the following. As a consequence of the essential equation of individual with collective responsibility, the corporation is held responsible for external as well for internal offenses committed by some of its employees.

The idea behind this theory is that a distinction may be made between employees who act as hands and those who represent the brains of the company. Considered in the leading case of *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*, this theory reflects an anthropomorphic conception of the corporation: the offense eventually committed by the key officers automatically imputed to the corporation, with no need to trigger any further translating or ascertaining mechanism [...] According to the OECD (2000b), in France, Germany and Sweden, for instance, violation of supervisory duties is sufficient, even at lower levels of management, whereas legislation in Denmark, and Belgium envisages liability for offenses committed by any employee if the corporation profits from this act. The Identification Theory has attracted criticism since, as illustrated by Wells (1993), it seems refractory in taking into due account the multiversity of legal persons which differ from one another as to dimension, legal statute, and organization. Moreover, whilst this model may be accurate in relatively simple situations, where subjects are well identified and identifiable, and act with full determination, being absolutely aware of the consequences of their behavior (as in traditional fraud offenses), it may prove insufficient to characterize more complex situations, where

28 OCDE. Working Group on Bribery in International Business Transactions. *Corporate Liability Rules in the Common Law Jurisdictions*. Paris: 14 set. 2000; OCDE. Working Group on Bribery in International Business Transactions. *Corporate Liability Rules in Civil Law Jurisdictions*. Paris: 25 set. 2000.



liability of the individual does not emerge with clearness owing to the fact that the harm/danger is caused by a series of managing mistakes or omitted controls due flaws in the organization.<sup>29</sup>

O segundo modelo — Teoria do Defeito da Organização Societária — tem por escopo incentivar a adoção de medidas regulatórias da entidade, para fins de fixar os contornos de funcionamento seguro de suas atividades, independentemente de efetivos desvios praticados por seus gestores ou colaboradores. Mais uma vez, cabe transcrever o lúcido resultado da análise levada a efeito por Marco Rnone e Leonardo Borlini:

The Faulty Corporate Organization Theory no longer requires individual offenses to be imputed to legal persons. Rather, the central assumption is the idea of original responsibility on the part of the corporate entity. Representatives of this model are, for instance, the US and the Netherlands. The notion of supervisory liability (respondent superior) is at the core of the theory at hand: it is defective organization of the corporate entity which has led to the offense. The standard of diligence for running a corporation is no longer measured with respect to managers' behavior; rather the leading parameter is constituted of indicators such as the corporations' size, market share, economic activity, and organizational model. This approach is not without its drawbacks: the precise definition of the criteria which characterize faulty organizations may be significantly troublesome for both courts legislators.<sup>30</sup>

A Teoria da Responsabilidade Estrita presume ser a companhia responsável pelos riscos resultantes do processo produtivo, de sua operação e de sua cultura. Assim, a demonstração de faltas ou defeitos da organização, que colaboraram no sentido de causar ou facilitar a prática de atos de corrupção, é absolutamente dispensável. Considera que a mera criação da entidade, com complexa estrutura organizacional e processos produtivos intrinsecamente perigosos, é suficiente para que se presuma a assunção pela companhia das consequências produzidas por sua atividade. A essência dessa teoria vai ao encontro da Teoria do Risco Criado, ponto de partida de Modesto Carvalhosa, como antes ressaltado.

29 ARNONE, Marco; BORLINI, Leonardo S. *Corruption: economic analysis and international law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 369.

30 *Ibidem*, p. 370.

De toda maneira, prevalece a reflexão de Marco Rnone e Leonardo Borlini, na linha de registrar que o problema de atribuição de responsabilidade é extremamente complexo e sensível e varia conforme o sistema jurídico de cada país, de tal modo que há significativa dificuldade de seu estabelecimento no plano internacional, por meio de tratados ou convenções.

Adicionalmente, a questão depende da forma como a lei nacional acolhe o efetivo cumprimento de medidas de conformidade anticorrupção pela companhia, como a existência de programas de integridade, de códigos de ética, auditoria interna etc. Em alguns sistemas, a demonstração da implantação das referidas medidas no âmbito da companhia funciona como matéria de defesa em procedimentos instaurados para apuração de responsabilidade, servindo para mitigar a aplicação de penalidades por infração às normas anticorrupção.<sup>31</sup>

E a Lei Anticorrupção caminha pela Teoria da Responsabilidade Estrita, pois conjuga a responsabilidade objetiva com a impossibilidade de sua exclusão caso demonstrada a adoção de medidas de prevenção à corrupção, como os programas de integridade.

Nesse sentido, o art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção, limita os efeitos da alegação da implantação de tais programas como matéria de defesa, tratando como elemento atenuante na dosimetria da sanção.

Sobre esse aspecto, Ana Frazão critica a previsão da responsabilidade objetiva à pessoa jurídica na Lei Anticorrupção, afirmando que atua desfavoravelmente na eficácia dos programas de integridade anticorrupção, uma vez que dificulta a exclusão da imputação de sanção administrativa. Leia-se adiante página de seu raciocínio:

31 Confira-se a dita reflexão: "The question of the liability of legal persons is extremely delicate; definitive solutions are not taken at the international level and probably never will be, in view of the problems it still raises: particularly, its imposition on soulless entities with the potential to undermine the principle of moral culpability and blame, and the extension of punishment of legal entities in cases where employees commit offenses in breach of their duties or company guidelines [...] Furthermore, in most legal systems, the gravity of sanctions (no matter if criminal, administrative or civil in nature) concretely apply to legal persons depend on the comprehensiveness and effectiveness of internal preventive and compliance systems designed to prevent and control the 'corruption-risk'. In sum the company's compliance programs with the legal prohibition and related internal controls, ethics, and compliance programs or measures is the duty of the individuals at all levels of the company (OECD rec 2009, Annex II A).3. Guidance) In several legal systems, a proved 'in abstracto effective' compliance system may represent an important mitigating factor or even a defense for the legal entity involved in a corruption case" (Ibidem, p. 374).

A previsão de responsabilidade objetiva pode fazer com que os agentes econômicos não tenham os incentivos adequados para implementar, de forma ampla, complexos e custosos programas de organização, supervisão e vigilância, já que os seus esforços, por maiores que sejam, jamais poderão afastar a punição.

É certo que a Lei Anticorrupção prevê, em seu artigo 7º, VIII, que tais programas podem ser utilizados como atenuantes na dosimetria da sanção. Todavia, é discutível que essa mera possibilidade, ainda mais estando sujeita a juízos subjetivos da autoridade julgadora, seja um incentivo suficiente.<sup>32</sup>

Assim, Ana Frazão alinha-se à segunda teoria acima considerada, para sustentar que o verdadeiro fundamento para se punir uma pessoa jurídica deveria ser o defeito de organização. Segundo por ela sustentado, “em diversos países, um bom e efetivo programa de compliance pode ser alegado como defesa da pessoa jurídica contra atos ilícitos praticados por seus administradores ou representantes; a fim de excluir a responsabilização administrativa ou penal da pessoa jurídica”.<sup>33</sup>

Por aí se vê que o problema da responsabilidade da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção transborda exatamente para discussão de outra natureza, nomeadamente a questão da conformidade anticorrupção e, em especial, a adoção dos programas de integridade.

É o que se passa a comentar, nas linhas que se seguem.

#### 4. Conformidade anticorrupção

Por conformidade anticorrupção deve ser entendido o efetivo comprometimento do empresário (u.g., companhia, sociedade limitada ou qualquer outro veículo de investimento, personificado ou não) no sentido de expurgar em absoluto a prática de atos de corrupção por administradores, colaboradores, prestadores

32 FRAZÃO, Ana. Implementação de programa de compliance deve atenuar penalidades a empresas. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-28/ana-frazao-implementacao-compliance-atenuar-penas-empresas>>. Acesso em: 10 set. 2016.

33 FRAZÃO, Ana, loc. cit. A autora sustenta, ainda que, na prática, o problema não se circunscreve aos incentivos econômicos, mas essencialmente a questões de justiça, na medida em que se indaga qual seria o fundamento para se punir uma pessoa jurídica que tenha comprovado que, por meio de programas de integridade adequados e eficazes, fez tudo o que seria possível para evitar o ilícito.

de serviços e quaisquer outros agentes, internos ou externos, que possam vir a assumir determinada função no âmbito do exercício da atividade empresarial.

O conceito é, portanto, o mais amplo possível e está correlacionado ao próprio exercício sustentável e funcional da empresa. Há aqui, à luz da Lei Anticorrupção, argumentos suficientes para se defender a inserção do princípio anticorrupção empresarial no ordenamento jurídico brasileiro, que deve direcionar a interpretação das normas de Direito Comercial.

A conformidade anticorrupção é tema amplamente debatido na experiência estrangeira e conhece um sem número de instrumentos para sua concreção. Para fins deste artigo, serão examinados adiante três diferentes medidas que colaboram para demonstrar sua observância pelo empresário: a adoção de “programas de integridade”, o “whistleblowing” e a implantação da cultura corporativa anticorrupção.

#### 4.1. Programas de integridade

O exame sistemático da Lei Anticorrupção permite inferir que a adoção dos chamados “programas de integridade” é medida recomendada para a proteção das sociedades empresárias ou, ao menos, a mitigação de riscos relacionados ao desvio de conduta de seus administradores e colaboradores.

Modesto Carvalhosa registra que a previsão legal dos programas de integridade representa o cumprimento pelo Brasil de compromissos assumidos em convenções internacionais, estando longe de significar uma inovação:

A abrangência do regime de conformidade (*compliance*) no combate à corrupção tanto aquela interna, como a privada e a pública é retratada na Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção de 2003, ao impor aos Estados signatários o dever de implantar medidas de prevenção de atos corruptivos mediante transparência contábil e auditoria interna; transparência nas relações com o mercado; os códigos de governança corporativa para a prevenção de conflitos de interesses, tendo por objetivos fortalecer a ética e a visibilidade na gestão das pessoas jurídicas privadas, sobretudo, nas suas relações com o Poder Público em matéria de contratação, visando evitar a formação de cartéis nas licitações públicas (*Bid-rigging*) e no domínio dos mercados.<sup>34</sup>

Com efeito, embora a norma não obrigue a adoção de tais programas, sua essencialidade resulta da possibilidade de demonstração de diligência pelo empresário, no curso de eventual procedimento sancionador, para fins de redução de penalidades previstas em lei, como comentado na seção 3.2 deste artigo.

Nesse sentido, dispõe o art. 7º, VII, da Lei Anticorrupção, que a autoridade competente deve levar em consideração, quando da fixação da sanção, "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".

A depender da dimensão e da complexidade da entidade empresarial — valendo aqui citar, como exemplo mais relevante, as companhias abertas — recomenda-se que a implantação do programa de integridade seja precedido do estabelecimento de sistema de auditoria interna que, longe de se circunscrever a examinar formalidades ou verificar contas, deve, sobretudo, investigar a "legitimidade dos negócios jurídicos que as originaram" e analisar o "risco no que concerne às atividades e aos negócios próprios da pessoa jurídica nas suas relações internas, privadas e públicas".<sup>35</sup>

A experiência e a doutrina demonstram que, em situações de maior exposição da companhia, em especial por consequência do setor de sua atividade (por exemplo, empreiteiras, óleo e gás, telecomunicações, energia elétrica, infraestrutura e outros setores em que o empresário celebra de modo recorrente contratos de "procurement" ou com a Administração Pública), as auditorias internas funcionem em conjunto com consultores externos especializados e dotados de imparcialidade na conduta, como se tratasse de um serviço permanente de "due diligence", com o objetivo de dissecar os termos das operações realizadas pela companhia, abrangendo etapas pré-contratual e contratual, incluindo a motivação para sua realização, suas bases comerciais (se compatíveis com aquelas praticadas em mercado), sua execução e efeitos.

Por sua vez, o Decreto nº 8.420/2015 ("Regulamento Anticorrupção") definiu no seu art. 41 o que é programa de integridade:

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.

O art. 41, parágrafo único, do Regulamento Anticorrupção, menciona o óbvio, ao determinar que “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”.

E, no art. 42 do Regulamento Anticorrupção, encontram-se elencados, de modo exemplificativo, parâmetros para avaliação dos programas de integridade, cuja efetividade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será levada em consideração para fins de aplicação da sanção administrativa.

Desde a deflagração da Operação Lava-Jato<sup>36</sup>, diversas companhias puseram-se em campo para a contratação de profissionais especializados na elaboração e acompanhamento de programas de integridade, sendo válido citar, por todos, a Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, que efetivamente vem se empenhando para a implantação de modelo bem organizado de “compliance” anticorrupção, conforme sucessivamente divulgado por essa companhia, por meio de canais institucionais, incluindo-se comunicados ao mercado, tornados públicos por sua Diretoria de Relações com Investidores.<sup>37</sup>

Ainda é cedo para avaliar a eficiência de tais programas, inclusive para fins de defesa em processo administrativo sancionador ou judicial. Uma conclusão é inequívoca: trata-se de um caminho sem volta, a ser percorrido pela generalidade das companhias brasileiras, independentemente de seu envolvimento em escândalos de corrupção. Sua implantação deve fazer parte da rotina da companhia, como medida preventiva à corrupção, em consequência da consolidação de uma cultura corporativa anticorrupção no Brasil.

## 4.2. O Whistleblowing

Pela expressão “whistleblowing” (“assobio soprado”), infere-se a atitude de determinada pessoa, geralmente pertencente aos quadros da organização (“whistleblower”), que, uma vez constatando a prática de ato ilícito, efetiva ou potencial, a noticiá a quem de direito, para fins de apuração administrativa ou judicial.

36 A Operação Lava-Jato consiste na mais profunda operação de combate à corrupção da História do Brasil, cujos dados estão disponíveis em: < <http://lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

37 PETROBRAS. Diretoria de Relações com Investidores. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

Seguindo a tendência de globalização do movimento anticorrupção, whistleblowing é regulado em diferentes leis nacionais e convenções internacionais, valendo mencionar o The False Claims Act (Estados Unidos, 1836, mas que se tornou efetivo instrumento anticorrupção após a reforma de 1986), o Public Interest Disclosure Act – PIDA (Reino Unido, 1998), Whistleblower Protection Act (Japão, 2004), o Public Service Code of Conduct (Austrália, 2009) e, no âmbito dos BRICS, o Protected Disclosures Act – PDA (África do Sul, 2000) e o Whistle Blowers Protection Act (Índia, 2011). Quanto às convenções internacionais, vem contemplado na Convenção OEA<sup>38</sup>, na Convenção ONU<sup>39</sup> e na Convenção OCDE.

A contribuição diferenciada se deve ao fato do whistleblower ter acesso privilegiado a informações relevantes, obtidas em razão do exercício de suas funções profissionais.

Assim, o whistleblowing funciona como importante ferramenta para a revelação da prática de atos de corrupção que, por força das circunstâncias, tende a permanecer sob sigilo, principalmente em razão de seus efeitos serem pouco ou nada visíveis no curto prazo.

Ressalte-se que o whistleblowing não se confunde com o instituto da colaboração premiada (disciplinado pela Lei nº 12.850/2013), uma vez que, no último caso, a pessoa indiciada ou que figura como ré em ação penal apresenta informações tendentes a incriminar terceiro, em proveito de si mesma.

Portanto, o whistleblower não integra o rol de pessoas que tenham participado da prática corruptiva. Logo, não tem qualquer incentivo relacionado com a possibilidade da redução da pena ou da extinção da punibilidade do ato ilícito. Em outras palavras, não se trata de medida abrangida na esfera penal do ilícito,

38 A Convenção OEA, art. III, item 8, dispõe que os Estados Partes ficam comprometidos a criar sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

39 Por sua vez, o art. 33, da Convenção ONU, determina que cada Estado Parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com essa Convenção. Já o art. 13 propõe a adoção de medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na Convenção, devendo os Estados facilitar o acesso a tais órgãos, sobretudo para fins de denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a Convenção.

externando escopos bem mais amplos e que podem produzir resultados muito mais eficientes no que se refere ao combate e à prevenção da corrupção.

Na doutrina, Modesto Carvalhosa comenta a ferramenta da seguinte forma:

Deve mais essa auditoria interna, que é o órgão executivo do regime de conformidade (*compliance*) manter um serviço permanente de recebimento de denúncias que podem ser de fontes internas como externas, franqueado aos atuais membros dos quadros dirigentes e aos funcionários da pessoa jurídica, como também àqueles que já se desligaram dela e ainda a terceiros que com ela se relacionam (*stakeholders*).

Nesse amplo quadro de recepção de denúncias se incluem os quadros funcionais – dirigentes e funcionários – de outras pessoas jurídicas do mesmo grupo econômico, corporativo ou comunitário.

Essas denúncias deverão, outrossim, ser acatadas quando provenientes de conformidade de outras pessoas jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que pertencem ao mesmo grupo, sejam elas controladoras, controladas, subsidiárias, consorciadas etc.<sup>40</sup>

O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, órgão que, na esfera federal, concentra competência para apurar a responsabilidade administrativa de que trata a Lei Anticorrupção, pronunciou-se sobre o whistleblowing nos termos adiante transcritos:

Uma empresa com um Programa de Integridade bem estruturado deve contar com canais que permitam o recebimento de denúncias, aumentando, assim, as possibilidades de ter ciência sobre irregularidades.

A empresa deve avaliar a necessidade de adotar diferentes meios para que possa receber denúncias, como urnas, telefone ou internet. Em empresas com funcionários que não tenham acesso a computador com internet, deve-se estar atento à necessidade de oferecimento de alternativas à denúncia online. É importante também que os canais de denúncias sejam acessíveis a terceiros e ao público externo.

Para garantir a efetividade de seus canais, é necessário que a empresa tenha políticas que garantam a proteção ao denunciante de boa-fé como, por exemplo, o recebimento de denúncias anônimas e a proibição de retaliação de denunciante. A empresa pode também prever regras de



confidencialidade, para proteger aqueles que, apesar de se identificarem à empresa, não queiram ser conhecidos publicamente. O bom cumprimento pela empresa das regras de anonimato, confidencialidade e proibição de retaliação é um fator essencial para conquistar a confiança daqueles que tenham algo a reportar. Além disso, é desejável que a empresa tenha meios para que o denunciante acompanhe o andamento da denúncia, pois a transparência no processo confere maior credibilidade aos procedimentos.<sup>41</sup>

Juliana Oliveira defende que o whistleblowing está em conformidade com os princípios constitucionais da moralidade e probidade, pois se encontra em harmonia com a ética que estimula boas condutas nas corporações. Aliás, essa observação se faz especialmente pertinente com relação às companhias abertas, cuja gestão se encontra sujeita a regras mais rígidas de transparência e *disclosure*.<sup>42</sup>

Contudo, a questão da moralidade do whistleblowing não é isenta de divergência.

Há quem estenda ao whistleblowing críticas comumente dirigidas ao instituto da colaboração premiada, identificando problemas de ordem ética, por consequência da gravidade do ato de imputar a prática de ilícito a terceiro.

Contudo, pode-se dizer que prevalecem as vozes que diferenciam essas medidas e defendem a legitimidade do whistleblowing, desde que realizado de modo criterioso e responsável. Na doutrina, convém citar o pensamento de Pierre Lascoumes, que enfrentou objetivamente a controvérsia, a ponto de propor a substituição da palavra “denúncia” por “divulgação”:

La corruption et les multiples formes d'atteinte à la probité sont par définition des activités secrètes, très peu visibles. Tout « pacte de corruption » est forcément clandestin, parce que les termes de l'échange sont transgressifs par rapport aux normes sociales. De plus, les modalités de l'échange ne sont pas forcément immédiates et matérielles, elles peuvent être différées ou prendre la forme de rétributions indirectes. Enfin, les acteurs concernés étant en général bien insérés socialement, disposant

41 BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/>>. Acesso em 03 set. 2016.

42 OLIVEIRA, Juliana M. F. *A Urgência de uma Legislação Whistleblowing no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos/>>. Acesso em: 28 mai. 2015.

de ressources et de savoir-faire spécifiques pour assurer la réussite de leur entreprise, ils offrent peu de prise à la réaction sociale, ils ne présentent en général aucun des stigmates habituels du déviant, ni à plus forte raison ceux du délinquant « gibier de potence ». C'est pourquoi le problème du « signalement », de la « révélation », du « déclenchement d'alerte », de la « dénonciation » ou « divulgation » de la corruption constitue un enjeu très particulier. La question se pose de savoir dans quelle mesure la lutte contre la corruption peut passer, ou non, par l'encouragement à révélation de telles pratiques? [...] Les textes s'attachent cependant à différencier les pratiques. Autant la délation est présentée comme une activité méprisante par les intentions de nuire dont elle est porteuse, autant la dénonciation (whistleblowing) apparaît comme une pratique courageuse que expose son auteur à des risques de représailles [...] La question de la « dénonciation » (que nous préférons appeler de façon plus neutre « divulgation ») est ainsi traversée d'enjeux moraux et normatifs que sont toujours présentés par les auteurs comme une tension entre un meilleur jamais éloigné du pire. Ainsi, l'utilité sociale de certaines divulgations est immédiatement mise en discussion par les conditions qu'elle doit remplir pour être légitime, tant dans la façon de procéder que dans les effets aussi bien à l'égard du dénoncé que du dénonciateur.<sup>43</sup>

Embora a Lei Anticorrupção e o Regulamento Anticorrupção façam referência ao whistleblowing, o sistema brasileiro carece de incentivos à sua propagação.

Dentre os principais incentivos que podem ser incluídos na lei brasileira, cabe citar os seguintes: a) proteção ao whistleblower contra qualquer tipo de retaliação; b) criação de sistemas e órgãos internos da companhia para o recebimento de denúncia; c) proteção da identidade do whistleblower; d) punição àquele que fizer retaliações ao whistleblower; e) pagamento de gratificação em dinheiro ao whistleblower.

Há precedentes na experiência estrangeira que demonstram o acerto de se incorporar ao ordenamento ditos incentivos.

Assim, quanto ao pagamento de prêmio, por exemplo, o direito norte-americano há muito o admite, como narra Julio Bacio Terracino, ao comentar o Caso Pfizer, que possibilitou o recebimento pelo whistleblower do montante de US\$51.5 milhões:

43 LASCOUMES, Pierre. *Favoritisme et corruption à la française: petits arrangements avec la probité*. Paris: Presses de Sciences Po, 2010, p. 223-225.

Other countries do not require individuals and/or public officials to report corruption, but offer rewards for relevant information. In this connection, some scholars propose that States should allow *qui tam* actions when enforcing the law against corruption. This consist of a type of action in the United States under the False Claims Act, which allows a private individual with knowledge of fraud committed against the US Federal Government to bring a suit on its behalf and receive a portion (usually about 15-25%) of any recovered damages or fine imposed. For example, in September 2009, a former sales representative of the pharmaceutical company Pfizer earned US\$51.5 million for his role as a whistleblower in a lawsuit against the company. Clearly, such rewards encourage people to step forward and they also recognize the contribution of whistleblowers and the difficulties that sometimes they have to endure physically, mentally and socially when they decide to come forward. The use of financial rewards is a valid way of encouraging people to report corrupt practices. However, this has to be covered by strict rules to avoid abuse and time-consuming false reporting.<sup>44</sup>

Com efeito, o denominado The False Claims Act norte-americano admite o pagamento da remuneração equivalente a 25% a 30% sobre o valor recuperado, se o denunciante tiver atuado sozinho, e de 15% a 25%, se obteve auxílio da intervenção estatal.

Considerando que o whistleblower pode vir a sofrer um sem número de retaliações (como ser demandado em ação judicial para ressarcimento de suposto dano moral ou mesmo em ação penal fundada em hipotética calúnia, além de ser demitido sem justa causa, quando presente relação de emprego), a proteção ao whistleblower é medida essencial, assim como o é a previsão de medidas anti-retaliação, que incluem, por exemplo, a inversão do ônus da prova em ações propostas pelo pessoa denunciada e a reintegração ao posto de trabalho, seguida de eventual indenização.<sup>45</sup>

44 TERRACINO, Julio Bacio, *op. cit.*, p. 229.

45 Compartilhando esse ponto de vista, Julio Terracino apresenta a seguinte contribuição: "An additional means of encouraging the reporting of corruption cases is to establish protection for persons who report from repression or retaliation. The international legal framework against corruption requires States to consider incorporating into their domestic legal systems appropriate measures to provide protection for persons who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning acts of corruption [...] Special protection for employees is justified for several reasons. First, although members of the public may also experience reprisals or retaliation,

A doutrina italiana debruçou-se sobre o tema, especialmente para destacar a lacuna existente em seu ordenamento. Nessa ordem de ideias, Francesco Merloni e Liciano Vandelli, após ofertarem reflexões sobre o whistleblowing, vertem sua atenção para a situação do empregado, para sustentar, por um lado, sua vulnerabilidade e, por outro lado, a ausência de quebra do dever de lealdade perante o empregador que é por ele denunciado. Ao final, os autores sugerem alterações na norma trabalhista, conforme adiante transcrito:

Passiamo dunque concludere proponendo, con riferimento alla materia della corruzione negli strumenti internazionali, la seguente definizione convenzionale di *whistleblowing*: la rivelazione di fatti che possono integrare la fattispecie astratta del reato di corruzione, fatta di propria iniziativa ed in forma non anonima da un soggetto appartenente ad una determinata organizzazione (*inside w.*), privata o pubblica, alle competenti autorità esterne a tale organizzazione (*external w.*), anche in mancanza di una espressa autorizzazione in tal senso da parte della prima (*unauthorized w.*), in quanto si tratti di fatti che presentano un momento di collegamento con l'attività dell'organizzazione [...]

A tale proposito giova però rilevare che la giurisprudenza ha precisato che l'obbligo di fedeltà di cui all'articolo 2105 c.c. e quelli ad esso collegati di correttezza e buona fede, devono essere funzionali soltanto in relazione ad una attività lecita dell'imprenditore.

In buona sostanza, il diritto vigente già sembra prevedere una rudimentale tutela del wb. De iure condendo, potrebbe essere opportuno modificare l'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori nonché gli articoli 4 della legge

---

employees require stronger legal protection, as their institutional connection to the employer makes them especially vulnerable do retaliation. Indeed, experience has shown that employees who report wrongdoing may be subject to intimidation, harassment, dismissal, and even violence by the employer or other fellow employees. Second, employees are also more likely to detect misconduct, fraud and corruption in the course of their duties than outsiders, as they have access to critical information for which it is worth blowing the whistle [...] Evidently, the wider the scope of the disclosures protected, the more protection is granted to potential whistleblowers, and the more efficient the anti-corruption mechanism is likely to be. With regard to the issue of which disclosures are to be protected, opinions are mixed concerning anonymous whistleblowing. However, it is important for anonymous reporting to be accepted, particularly in the developing countries, where the institutional environment in the developing countries, where the institutional environment and protection is weak and the mere existence of a law will not provide sufficient protection. Indeed, the UNCAC provides that anonymous reporting is to be accepted by its States Parties." (Ibidem, p. 231-232).

604/1966 e 3 della legge 108/1990, al fine di prevedere in modo espresso la nullità degli atti e del licenziamento discriminatorio in danno del wb.<sup>46</sup>

Em suma, se é fato que o whistleblowing figura como relevantíssimo instrumento de combate à corrupção, resta evidente que a Lei Anticorrupção foi tímida a seu respeito, sendo recomendável sua alteração, a fim de que sejam admitidas normas complementares consideradas, além de funcionais, essenciais para o sucesso de tal ferramenta.

### 4.3. Modelo holístico de prevenção da corrupção em companhias

Desde o final dos anos 1990, fala-se em modelos holísticos de atribuição de responsabilidade por danos resultantes de desvios de conduta, em especial no âmbito da cultura anglo-saxã.

Em trabalho publicado no ano de 2016, Maria Krambia-Kapardis ofertou aquilo que convencionou denominar “Holistic Model of Corruption and Corporate Fraud Prevention”, por meio do qual sugere, em resumo, diferentes níveis de análise dos atos de corrupção, permitindo considerar questões éticas e fatores humanos e circunstanciais, de tal modo a conceber o modelo mais eficiente possível de combate à corrupção<sup>47</sup>.

Nesse sentido, segundo Maria Krambia-Kapardis, o risco de fraude é produzido por variáveis que resultam tanto da personalidade humana, quanto do meio ambiente ou das circunstâncias. A conjugação dessas variáveis explica porque indivíduos não têm a mesma propensão para cometer fraudes, ainda que confrontem pressões similares em seu ambiente.

Portanto, seria coerente considerar diferentes ambientes (níveis) de atuação humana, interconectando-os, a fim de analisar e diagnosticar os desvios de comportamento que levam à corrupção. A autora identifica três níveis básicos, a seguir comentados:

46 MERLONI, Francesco; VANDELLI, Liciano. *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*. Firenze: Passigli Editort, p. 169-174.

47 KRAMBIA-KAPARDIS, Maria. *Corporate fraud and corruption: a holistic approach to preventing financial crises*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2016.

- a. nível macro (sociedade): a participação da sociedade civil, o exercício responsável da cidadania, a integridade institucional e a ética deveriam fazer parte do currículo das escolas de ensino fundamental, médio e superior, de tal sorte que indivíduos pudessem aprender progressivamente regras de comportamento anticorrupção. Impregnar instituições sociais com tais valores pode vir a preparar as pessoas a definir, aplicar e seguir normas morais de conduta no seu dia a dia;
- b. nível médio (organização): a liderança ética é uma exigência básica para a sustentabilidade das organizações empresariais e, em particular, das companhias. O maior desafio é definir um programa que efetivamente esteja alinhado com problemas de ética e não meramente com questões legais. Do contrário, as companhias em geral irão produzir modelos legais de "corporate social responsibility/governance that has nothing to do with ethics. It is much more important to have a culture of governance than to simply comply with governance laws and regulations"<sup>48</sup>. Assim, qualquer programa de conformidade anticorrupção (por exemplo, código de conduta, sessões de treinamento sobre ética, comitê de ética, diretoria de ética, procedimentos de *whistle-blowing* etc.) deve sempre levar a reflexões sobre a ética no processo decisório;
- c. nível micro (indivíduo): o ponto de partida de qualquer mudança de longo prazo é a consciência individual. Por isso, os melhores programas de prevenção à corrupção consistem naqueles que buscam a tomada de consciência pelo indivíduo ("awareness programs").

A autora sustenta que as companhias não vivem em um "vácuo" e, assim, são parte de um ecossistema que inclui indivíduos que compõem tanto a corporação quanto a comunidade com que ela se relaciona. Na busca por essa contextualização da fraude e da corrupção, o modelo proposto por Maria Krambia-Kapardis é estruturado por três interdependentes pilares: indivíduo, organização corporativa e sociedade civil, o que exige, de fato, vontade política para sua implementação, muito além da simplista observância da norma legal de prevenção ou combate à corrupção.

48 DION, Michel. Foreword. In: KRAMBIA-KAPARDIS, Maria. *Corporate fraud and corruption: a holistic approach to preventing financial crises*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2016, p. xiv.

Maria Krambia-Kapardis demonstra que a redução da corrupção por e contra companhias contribui para a redução do risco de seu colapso e, por consequência, para o risco de crises financeiras. As medidas tradicionais de combate à corrupção não vêm produzindo resultados exitosos. Leia-se a opinião da pesquisadora a respeito das razões para tamanho insucesso:

This is largely due to the lack of will in the private and public sectors to deal with these phenomena effectively. Furthermore, in the absence of a long-term corporation and national strategy to combine different approaches and measures at different levels of analysis (the individual, the corporation, and the society), a single approach by itself is doomed to fail.

[...] For centuries the conventional approach has been to investigate cases that come to light, prosecute the suspected perpetrators, and punish those guilty of corruption or corporation fraud. This may be a noble aim for many, but in practice the experience internationally shows that even though the necessary legislation is in place, enforcing it effectively is another story.

[...] Codes of conduct can be effective by encouraging important ethical values and promoting an environment of integrity and ethical behavior in which corruption and corporate fraud are not tolerated. This is much more likely to be achieved if a code of conduct is accompanied by a self-regulatory framework and there exists the right tone from the top. Auditors should be key protagonists in any serious effort to reduce fraud by and against a corporation. While auditors are in a good position to detect and prevent fraud, strictly speaking the primary responsibility for doing so rests with the management. Auditors have the responsibility to assess the risk of material misstatements with a skeptical attitude and a questioning mind. In this context, it is therefore recommended that firms utilize forensic and fraud auditors.

Any serious effort to reduce corruption and corporate fraud, and thus the risk of a financial crisis, cannot afford to shun actively engaging civil society and making politicians accountable. As has been argued in this chapter, the latter could be achieved by making lobbying more transparent, enforcing cooling-off periods to minimize the revolving door phenomenon, and having transparent political party funding and asset disclosure of elected and appointed officials. All of these measures have also been put forward by the European Commission.

Em conclusão à sua argumentação, Maria Krambia-Kapardis sustenta que, dado que a corrupção é usualmente endêmica em uma sociedade ou organização e tem natureza sistêmica, o tratamento a ser dado coincide com aquele recomendado pela Transparência Internacional e deve abranger o envolvimento de *stakeholders*, em especial os institucionais, por meio da aplicação de normas internas de verificação de integridade, que incluem ferramentas contratuais para o efetivo acompanhamento dos procedimentos internos de companhias investidas.

A rigor, a necessidade da visão holística sobre o fenômeno da corrupção não é nova e havia sido apontada na literatura especializada, destacando-se a contribuição de Rupert Hodder, que sustentou anos atrás a seguinte linha de raciocínio:

If we are to deal with corruption then it would seem that we require a holistic approach which draws in the state, the private sector, and civil society. Various combinations of measures are suggested in the literature, aimed mainly at reducing the opportunities and incentives for corruption, and at changing the culture within organisations and in society more generally.<sup>49</sup>

Em resumo, os autores que defendem tal ponto de vista caminham no sentido de afirmar que a melhor prevenção contra desvios éticos consiste na consciência individual e no forte senso de responsabilidade moral, cujo desenvolvimento deve ser um dos principais objetivos dos currículos escolares e universitários.

Impõe-se a implementação simultânea das medidas acima consideradas, ou seja, nos níveis individual, corporativo (neste último incluindo-se a governança, a responsabilidade social e o estabelecimento de programas de ética e de integridade) e da sociedade civil participativa.

## Conclusões

Por todo o exposto, podem ser inferidas as seguintes conclusões:

- a. a definição de corrupção evoluiu e modernizou-se, passando a abranger uma série de noções decorrentes de desvios de conduta praticados nas mais variadas hipóteses de inter-relacionamento humano, cujo resultado traga uma vantagem injusta para os autores do ilícito, com ne-

49 HODDER, Rupert. *How corruption affects social and economic development: the dark side of economy*. Lewiston: The Edwin Mellen Press, 2007, p. 147.



- gativas repercussões socioeconômicas e, possivelmente, políticas, estas a depender do tipo de corrupção;
- b. a burocracia governamental é em grande parte responsável por criar instrumentos que tornam possível a prática de corrupção;
  - c. a corrupção pode ser considerada, em tese, um problema estritamente privado ("private-to-private corruption");
  - d. o combate à corrupção privada colaborará no sentido de prevenir ou reprimir a concorrência desleal, a violação de deveres de lealdade e de diligência e o desvio de finalidade por parte de administradores e de empregados do empresário, bem como a má-gestão dos bens de produção e demais ativos empresariais;
  - e. há aproximadamente duas décadas a corrupção deixou de ser analisada como problema predominantemente nacional e passou a integrar a ordem do dia de políticas globais de atuação de organizações multilaterais e transnacionais;
  - f. a Lei Anticorrupção é de caráter interdisciplinar e resulta do adimplemento de compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional;
  - g. o objetivo central do legislador é coibir a corrupção no âmbito do exercício da atividade econômica, razão pela qual ampliou o rol de organizações sujeitas à responsabilidade, de tal modo a tornar desinfluyente a forma jurídica alocada para a realização de determinado empreendimento;
  - h. como o empresário assume o protagonismo da livre iniciativa econômica, é natural que a Lei Anticorrupção seja vocacionada para disciplinar normas voltadas para o exercício da empresa;
  - i. a Lei Anticorrupção estabeleceu novo regime de responsabilidade das companhias abertas, que inclui a responsabilidade civil, de caráter objetivo e tendente à realização do ressarcimento integral do dano, bem como a responsabilidade "administrativa", de caráter exclusivamente punitivo;
  - j. a Lei Anticorrupção caminha pela Teoria da Responsabilidade Estrita, pois conjuga a responsabilidade objetiva com a impossibilidade de sua exclusão caso demonstrada a adoção de medidas de prevenção à

- corrupção, como os programas de integridade, o qual, embora possa ser alegado como matéria de defesa, funciona como elemento atenuante na dosimetria da sanção;
- k. a adoção dos programas de integridade representa um caminho sem volta, a ser percorrido pela generalidade das companhias brasileiras, independentemente de seu envolvimento em escândalos de corrupção. Sua implantação deve fazer parte da rotina da companhia, como medida preventiva à corrupção, em consequência da consolidação de uma cultura corporativa anticorrupção no Brasil;
  - l. dentre as medidas contempladas em tais programas, o whistleblowing funciona como importante ferramenta para a revelação da prática de atos de corrupção e não se confunde com o instituto da colaboração premiada, pois o whistleblower não integra o rol de pessoas que tenham participado da prática corruptiva;
  - m. a Lei Anticorrupção foi tímida a respeito do whistleblowing, sendo recomendável sua alteração, a fim de que sejam admitidas normas complementares, especialmente para estabelecer incentivos à sua propagação, assim como proteção ao whistleblower;
  - n. o modelo holístico de prevenção da corrupção em companhias sugere, em resumo, diferentes ambientes (níveis) de análise dos atos de corrupção, permitindo considerar questões éticas e fatores humanos e circunstanciais;
  - o. impõe-se a implementação simultânea de medidas nos diversos níveis de atuação humana (individual, corporativo e da sociedade civil participativa), interconectando-os, a fim de analisar e diagnosticar os desvios de comportamento que levam à corrupção, de tal modo a conceber o modelo mais eficiente possível de combate à corrupção.