

A N T I

SISTEMA ANTICORRUPÇÃO E EMPRESA

C O R

[orgs.] Marcelo Andrade Féres; Natália Cristina Chaves

R U P

Ç Ã O



editora
D'PLÁCIDO

A N T I

SISTEMA ANTICORRUPÇÃO E EMPRESA

C O R

R U P

Ç Ã O

ANTI
SISTEMA ANTICORRUPÇÃO E EMPRESA
COR
RUP
ÇÃ
ÃO

[orgs.] Marcelo Andrade Féres; Natália Cristina Chaves



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Sistema anticorrupção e empresa -- FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-909-0

1. Direito. 2. Direito Empresarial. I. Título. II. Autor

CDU343

CDD341.5

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

NOTA DOS ORGANIZADORES	9
<i>Natália Cristina Chaves</i>	
<i>Marcelo Andrade Féres</i>	
PREFÁCIO	11
<i>Ana Frazão</i>	
1. A PERMANÊNCIA DA LACUNA NORMATIVA NA AGENDA DE COMBATE À CORRUPÇÃO: A ESTRATÉGIA ADOTADA PELO UK BRIBERY ACT E A CONVENIÊNCIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DE ATOS DE CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES	19
<i>Murilo Melo Vale</i>	
2. A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO COMBATE À CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE DOS 20 ANOS DA CONVENÇÃO ANTICORRUPÇÃO DA OCDE	49
<i>Rainer Couto</i>	
3. COMENTÁRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E COMPANHIAS POR ATOS DE CORRUPÇÃO	79
<i>Fernanda Valle Versiani</i>	
<i>Tatiana Maria Badaró Baptista</i>	

**4. MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO AOS
INVESTIDORES DO MERCADO DE CAPITAIS
BRASILEIRO: OS DESAFIOS À RESPONSABILIZAÇÃO
DOS ADMINISTRADORES PELA
PRÁTICA DE ILÍCITOS.....121**

Bruno Miranda Gontijo

**5. A LEI BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO (LEI
N. 12.846/2013) E A RESPONSABILIDADE DE
PESSOAS JURÍDICAS INFRATORAS: PROBLEMAS E
PERSPECTIVAS.....151**

Marcelo Andrade Féres

**6. A QUEM SE APLICAM AS SANÇÕES DA
LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO?.....167**

Daniel Freitas Drumond Bento

**7. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE NOS
ATOS LESIVOS PREVISTOS NA LEI ANTICORRUPÇÃO
EMPRESARIAL191**

Rafael Amorim de Amorim

**8. O ILÍCITO ADMINISTRATIVO
E A TENTATIVA: O PROBLEMA DA PUNIBILIDADE
DA TENTATIVA DE ATO LESIVO À ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....207**

Lucas Pardini

**9. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DE PESSOAS
JURÍDICAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO: SANÇÕES E
CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.....227**

Natália Cristina Chaves

Marcelo Andrade Féres

10. PRESSUPOSTOS E PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 12.846/2013 (LEI ANTICORRUPÇÃO)..... 255

Artur Andrade Santos

11. COMPLIANCE COMO ESSÊNCIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT..... 277

Mariana Barbosa Araújo Resende

12. O COMPLIANCE NO SISTEMA BRASILEIRO ANTICORRUPÇÃO..... 295

Danielle Farah Ziade

13. COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DA LEI ANTICORRUPÇÃO: A APLICAÇÃO DO REGRAMENTO DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA 321

Bruno Henrique Tenório Taveira

14. ACORDO DE LENIÊNCIA E A FALTA DE INCENTIVOS PARA SUA CELEBRAÇÃO NO ÂMBITO DA LEI N. 12.846/2013..... 339

Fernando Vinícius Tavares Magalhães Morais

15. EFICIÊNCIA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA PARA PREVENÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ATOS DE CORRUPÇÃO NA VISÃO DE GIANCARLO SPAGNOLO E A LEI DA EMPRESA LIMPA..... 357

Daniela Nicoli Mendes

16. OS EFEITOS CIVIS DA CORRUPÇÃO ENTRE PARTICULARES NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL..... 371

Christian Sahb Batista Lopes

Luíz Felipe Calábria Lopes

NOTA DOS ORGANIZADORES

A corrupção e o seu combate foram alçados à pauta de prioridades do mundo contemporâneo. Desde os anos 90 do século passado, a matéria corporificou-se em tratados internacionais e legislações domésticas, e multiplicou funções em órgãos e instituições pelos quatro cantos do planeta.

O Brasil acompanhou essa realidade. Especialmente a partir da virada do milênio, inúmeros e grandiosos casos de corrupção vieram a público, revelando a certeza das conjecturas populares: a corrupção está impregnada na máquina estatal. Dos mais baixos aos mais elevados escalões da República Federativa do Brasil, avolumam-se as histórias de corrupção, seja na imprensa, seja nos repositórios jurisprudenciais. Ainda, no ano de 2013, publicou-se a Lei n. 12.846, que inaugurou um novo sistema anticorrupção empresarial.

O ambiente acadêmico em geral e, em especial, o jurídico, debruçou-se sobre o fenômeno, buscando suas causas, suas formas, suas consequências e os possíveis tratamentos ou remédios.

Diante de todo esse ambiente, desde 2016, o Professor Marcelo Andrade Féres passou a ofertar uma disciplina na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, intitulada “Sistema Anticorrupção e Empresa”, congregando mestrandos e doutorandos das mais diversas searas das ciências jurídicas.

No primeiro semestre de 2017, a disciplina foi oferecida em conjunto com a Professora Natália Cristina Chaves e, dessa rica experiência de diálogos e trocas, sobremaneira com a diversidade e a genialidade dos discentes, surgiram os *textos* de diferentes *contextos jurídicos*, que ora se reúnem neste livro.

A propósito, cada artigo reflete as posições dos respectivos autores, não sendo, necessariamente, coincidentes com aquelas dos organizadores.

Na oportunidade, registram-se agradecimentos aos co-autores, pela disciplina e pela inteligência vertidas nas páginas de seus estudos; à Professora Ana Frazão, da Universidade de Brasília – UNB, pela solicitude na confecção do prefácio, cujas palavras são uma aula; e à Editora D'Plácido, por mais esta parceria editorial, o que revela a sua sensibilidade e a sua dedicação à propagação dos novos rumos do direito.

Enfim, espera-se que esta obra possa comunicar seus conteúdos e servir aos profissionais do direito, sobretudo àqueles que militam no combate à corrupção.

Belo Horizonte, março de 2018.

Natália Cristina Chaves
Marcelo Andrade Féres

PREFÁCIO

Prefaciara uma obra é sempre um indescritível prazer: a honra do convite, o privilégio de se ter acesso em primeira mão a uma obra inédita, o misto de excitação e responsabilidade inerente à função de contextualizar um novo livro para o público... Tudo isso faz com que a missão seja realmente única!

A tarefa torna-se ainda mais especial quando o convite parte de professores admirados, queridos e respeitados, e quando a obra em questão trata de tema que, além de atual e relevante, ocupa papel estratégico na agenda de pesquisa da autora deste prefácio.

Tais circunstâncias ajudam a entender a minha felicidade ao prefaciara o livro “Sistema Anticorrupção e Empresa”, organizado pelos competentes professores Natália Cristina Chaves e Marcelo Andrade Féres. Fruto do esforço concentrado de ambos, junto ao prestigiado Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, a proposta da obra é oferecer novas frentes de reflexão sobre tema de tão grande significado.

A iniciativa não poderia ser mais oportuna. Com efeito, poucos assuntos têm chamado tanta atenção do meio jurídico e da sociedade como a corrupção. O interesse é mais do que justificado, considerando que a corrupção interfere em praticamente todas as searas da vida de uma nação, moldando diretamente os caminhos para o seu desenvolvimento.

Não é exagero afirmar que a corrupção relaciona-se, direta e indiretamente, com diversos dos principais problemas a serem enfrentados pelos países democráticos, tais como a pobreza, a concentração de riqueza e a desigualdade, a ineficiência e a injustiça dos mercados, a violação de direitos fundamentais e a própria inviabilização da democracia e da república.

Em razão de todos esses desdobramentos, o problema é complexo e o seu endereçamento não admite atalhos ou simplificações, até porque a corrupção não é uma mazela atribuível apenas ao Estado, mas também à sociedade, ao que chamamos de “mercado” e aos próprios cidadãos. Daí por que soluções maniqueístas, que demonizam o Estado e pretendem culpá-lo por tudo, enquanto obscurecem o relevante papel dos agentes privados na corrupção, são demagógicas e ineficazes.

É sempre importante lembrar o alerta de Rose-Ackerman e Bonnie Palifka¹ no sentido de que as causas da corrupção estão relacionadas a pelo menos três aspectos: as instituições, os incentivos e a ética pessoal, de cuja interação decorrem os níveis e os diversos tipos de corrupção. Conseqüentemente, solucionar o problema exige mudar o meio pelo qual o governo interage com a sociedade.

A importância das instituições decorre do fato de que os mercados não são espaços espontâneos ou naturais, mas sim espaços sociais e políticos, criados e conformados por instituições, que são as regras do jogo². Dentre essas regras, encontram-se não apenas as jurídicas, mas também as sociais e as culturais, bem como os valores nelas embutidos.

O significado de todo esse arcabouço institucional é tamanho que, em muitos casos, ele poderá levar até mesmo à completa ineficácia das regras jurídicas. Assim, não há como reduzir significativamente a corrupção apenas mediante a modificação do ordenamento jurídico. Há que se buscar igualmente a alteração das demais regras do jogo, pois somente uma modificação institucional mais aprofundada pode gerar frutos consistentes e duradouros.

Não se está, com tal afirmação, menosprezando as iniciativas legislativas recentes no sentido de assegurar a responsabilização das pessoas jurídicas e físicas envolvidas em atos de corrupção, temas, aliás, que são muito bem explorados por diversos artigos deste livro. Pelo contrário, tais medidas são consideradas fundamentais para o combate à corrupção. Apenas se está advertindo que tais esforços dificilmente terão os efeitos pretendidos caso não seja modificada a

¹ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016. pp. 523-526.

² NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

estrutura concorrencial dos mercados e o próprio contexto institucional no qual operam.

Para isso, há que se superar as tradicionais formas de intervenção do Estado na vida econômica, procurando romper com a lógica exclusiva da regulação assentada no binômio comando-sanção. Em uma sociedade complexa como a nossa, não se pode esperar que os comportamentos dos agentes privados sejam modificados apenas pela ameaça da sanção, especialmente quando o Estado não tem infraestrutura suficiente para fiscalizar e assegurar o perfeito *enforcement* de suas regras cogentes.

Assim, a mudança institucional que se espera precisa vir também do comportamento “espontâneo” dos agentes econômicos, que não seja motivado apenas pela ameaça da sanção. Daí a importância dos incentivos que o direito, a economia e a sociedade como um todo podem oferecer para atingir esse mister.

Tal abordagem faz com que se pense na regulação jurídica a partir de outras perspectivas, tal como a criação de incentivos, a sinalização de valores e mesmo à indução à cooperação espontânea³. Para tal propósito, a economia comportamental tem dado interessantes lições de como comportamentos e decisões dos agentes podem ser direcionados por meio de estímulos adequados, tais como os *nudges* e a difusão de exemplos positivos⁴. De igual maneira, há um campo fértil a ser explorado na seara da cooperação, sendo o acordo de leniência um dos importantes exemplos nesse sentido e, exatamente por isso, também objeto de importantes artigos desta coletânea.

Já no que diz respeito à mudança da ética pessoal, a sua importância projeta-se não apenas na esfera individual, mas sobretudo na criação de uma cultura compartilhada de respeito à legalidade como um todo, pois estudos mostram que a tolerância com pequenas ilegalidades abre as portas para a prática de ilegalidades cada vez maiores. Daí a importância dos chamados programas de *compliance*, como instrumentos de mudança legítima e reconstrução de valores “de dentro para fora”, o que é igualmente tema de artigos desta obra.

³ MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. Chicago: University of Chicago Press, 2010.

⁴ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*

A valorização da autorregulação, entretanto, precisa ser acompanhada de algumas preocupações. Afinal, por mais que os programas de *compliance* possam ser um recurso relevante no objetivo de alteração do ambiente negocial, a mera adesão a um programa desse tipo não pode ser considerada uma solução, pois o que verdadeiramente importa é a comprovação da sua efetividade e eficácia ao longo do tempo. Para isso, é necessário não apenas uma organização adequada para difundir e assegurar o cumprimento dos padrões de ética empresarial adotados, mas, sobretudo, certo lapso temporal que permita verificar, com um mínimo de cuidado, se os resultados pretendidos foram de fato atingidos.

Enquanto não se pode avaliar e comprovar a eficácia prática da autorregulação das empresas para a mudança da ética empresarial e os seus impactos no ambiente de negócios, um programa de *compliance*, por melhor que seja, não deixa de ser um protocolo de boas intenções, que apenas se tornará realidade mediante a ocorrência de diversos fatores, dentre os quais o comprometimento da alta administração, a implementação de efetivos sistemas de educação e formação de empregados e colaboradores, bem como de controle e monitoramento, dentre outros.

Por outro lado, a questão do *compliance* envolve também a delicada relação entre regulação e autorregulação, já que a valorização da última não afasta nem mitiga o importante papel do Estado em dar o substrato e os incentivos necessários para que os agentes saibam como estruturar e cumprir seus programas de integridade e o que esperar deles em termos de consequências jurídicas que sejam palpáveis e seguras. Da mesma maneira, espera-se que o Estado possa ter uma adequada estrutura de supervisão e monitoramento dos referidos programas, sem o que as chances de insucesso são grandes.

Por essa razão, tais iniciativas, longe de reduzirem propriamente o papel do Estado, apenas o reconfiguram, priorizando uma atuação mais qualitativa do que quantitativa, inclusive do ponto de vista simbólico. Afinal, um Estado que descumpra a lei tem pouca ou nenhuma legitimidade para exigir tal compromisso dos seus cidadãos e para, de fato, direcionar a mudança cultural que se espera.

Há de se pensar, igualmente, na reformulação da cultura corporativa, excessivamente voltada para a maximização de valor para os acionistas a curto prazo. Como mostra o recente trabalho de Eugene

Soltes⁵, Professor da *Harvard Business School*, os crimes de colarinho branco não decorrem necessariamente de um cálculo de custo-benefício, ao contrário do que se poderia intuir a partir da análise econômica do direito. Muitos dos executivos entrevistados pelo autor não pensaram cuidadosamente sobre as consequências dos seus atos até serem descobertos e, mais do que isso, normalmente ultrapassaram a linha do que separa o certo do errado porque entendiam que aquilo ajudava as suas empresas a aumentarem os lucros.

As conclusões do professor mostram que a cultura corporativa de obtenção de lucros a qualquer preço, tal como ensinada nas principais escolas de negócio do mundo e propagada nos ambientes corporativos, pode ter um importante papel para justificar crimes de colarinho branco e atos de corrupção. Daí por que o controle da corrupção passa pela revisão crítica das teorias econômicas dominantes, tais como o *shareholder value* e o *short-termism*, as quais podem estar intrinsecamente associadas à prática de comportamentos ilícitos, ainda que obviamente não tenham a referida intenção⁶.

Maior atenção também precisa ser dada aos problemas da corrupção privada, que igualmente compromete o estabelecimento de uma cultura de respeito à legalidade, tema que também não passou despercebido para esta coletânea.

Esses breves apontamentos mostram como as questões das instituições, dos incentivos e da ética, por mais que possam ser separadas para efeitos didáticos, necessariamente se interpenetram e estão imbricadas em uma teia sofisticada de relações, correlações, causas e circulações de sentido. É esse emaranhado que precisa ser minimamente compreendido pelos juristas, a fim de que possamos avançar na discussão sobre as soluções jurídicas adequadas para o problema da corrupção.

Dentre as muitas alternativas possíveis, uma frente que ainda precisa ser trilhada pelo Brasil com maior seriedade é a das soluções estruturais, que assegurem maior transparência e *accountability* nas relações entre os particulares e o Estado. Com efeito, um ambiente

⁵ SOLTES, Eugene. *Why they do it: Inside the mind of the White-Collar Criminal*. New York: Public Affairs, 2016.

⁶ Ver FRAZÃO, Ana. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-frazao-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>>.

de negócios excessivamente burocrático e que propicia aos agentes governamentais excessiva discricionariedade no tratamento com agentes econômicos é um grande incentivo à corrupção, estimulando que se criem dificuldades para depois se venderem facilidades.

Nos termos da lição de David Kennedy⁷, se a corrupção é simplesmente uma *code word* para a discricionariedade pública, eliminá-la requer um reforço do formalismo, reduzindo a discricionariedade administrativa e judicial. Com regras mais claras, transparentes e seguras, o mercado funciona melhor, a difusão da informação é mais eficiente e os espaços para a corrupção diminuem.

Tal aspecto exige que se considere os diversos papéis que o Estado assume na economia: além de legislador e fomentador da atividade econômica, é também regulador de diversos mercados, controlador de inúmeras empresas estatais, investidor em outras tantas, financiador e importante adquirente de produtos e serviços. Muitas dessas funções estão interconectadas e quanto mais papéis o Estado assume na economia, maiores as possibilidades de corrupção nas diferentes esferas.

Por outro lado, quanto mais os grandes grupos econômicos estão próximos e quanto mais o Estado é um importante conector (direto ou indireto) entre eles, mais fértil é o campo para a troca de favores e a corrupção⁸. Daí por que a necessidade da implementação de maior transparência nos mercados começa pela *accountability* da atuação daquele que é o principal ator econômico e arquiteto da própria estrutura dos mercados: o Estado.

Particular atenção há que ser dada ao *lobby* e às relações diretas entre agentes econômicos e o Estado, especialmente aqueles que recebem empréstimos favorecidos, benefícios ou qualquer outra forma de incentivo estatal. Sem isso, não se consegue assegurar nem mesmo os ditames constitucionais da isonomia e da impessoalidade e muito menos se alcançar um mercado livre de corrupção e trocas de favores.

Todas essas considerações mostram que há de se ter muita cautela ao lidar com o problema da corrupção, a fim de que se resolvam não apenas consequências atuais e pontuais do problema, mas sobretudo as suas causas. O fio condutor da análise precisa ser a relação entre

⁷ KENNEDY, David. The international anti-corruption campaign. *Connecticut journal of international law*. v. 14, pp. 455-465, 1999.

⁸ LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços*. São Paulo: Elsevier, 2010.

poder político e poder econômico, já que a proximidade excessiva e sem transparência é um grande incentivo para a corrupção.

Outra importante frente de batalha contra a corrupção são as medidas que possam modificar as instituições vigentes, que propiciam, incentivam ou toleram excessivamente as práticas de corrupção. Somente por meio da alteração das regras do jogo, da dinâmica competitiva dos mercados e da reformulação dos espaços de ação tanto do Estado como dos agentes econômicos é que se poderá pensar em uma solução isonômica, prospectiva e eficaz para o problema.

É no contexto desta difícil e instigante problemática que o livro que tenho a honra de prefaciar oferece significativa contribuição para as reflexões em torno da corrupção, trazendo diversos artigos que, como já anunciado paulatinamente ao longo do presente texto, cobrem parte significativa das questões já expostas.

Apesar das diferentes abordagens dos seus diversos autores, existe uma preocupação comum de buscar, sempre que possível, conciliar a experiência brasileira com a estrangeira, bem como reforçar o diálogo entre os aspectos teóricos e práticos indispensáveis para a questão, o que mostra a utilidade da obra tanto para os círculos acadêmicos, como para os profissionais.

Assim, ao mesmo tempo em que parabenizo os coordenadores e os autores por este importante resultado, convido o público não somente à leitura do livro, mas sobretudo ao ingresso e ao engajamento neste debate do qual depende o futuro da democracia não apenas no Brasil como no mundo.

Brasília, 18 de fevereiro de 2018.

Ana Frazão

Advogada e Professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília - UnB

“É no contexto desta difícil e instigante problemática que o livro que tenho a honra de prefaciar oferece significativa contribuição para as reflexões em torno da corrupção [...]. Apesar das diferentes abordagens dos seus diversos autores, existe uma preocupação comum de buscar, sempre que possível, conciliar a experiência brasileira com a estrangeira, bem como reforçar o diálogo entre os aspectos teóricos e práticos indispensáveis para a questão [...]. Assim, ao mesmo tempo em que parabeno os coordenadores e os autores por este importante resultado, convido o público não somente à leitura do livro, mas sobretudo ao ingresso e ao engajamento neste debate do qual depende o futuro da democracia não apenas no Brasil como no mundo.”

Trecho do Prefácio de Ana Frazão.

AUTORES

Artur Andrade Santos

Bruno Henrique Tenório Taveira

Bruno Miranda Gontijo

Christian Sahb Batista Lopes

Daniel Freitas Drummond Bento

Daniela Nicoli Mendes

Danielle Farah Ziade

Fernanda Valle Versiani

Fernando Vinícius Tavares Magalhães Morais

Lucas Pardini

Luiz Felipe Calábria Lopes

Marcelo Andrade Féres

Mariana Barbosa Araújo Resende

Murilo Melo Vale

Natália Cristina Chaves

Rafael Amorim de Amorim

Rainer Couto

Tatiana Maria Badaró Baptista



ISBN 978-85-8425-909-0



9 788584 259090