

THIAGO AUGUSTO SPERCEL

**Lei Anticorrupção e Direito Empresarial:
Responsabilidade de Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção e
Repressão à Corrupção em Grupos Empresariais**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

São Paulo, SP
2020


THIAGO AUGUSTO SPERCEL

**Lei Anticorrupção e Direito Empresarial:
Responsabilidade de Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção e
Repressão à Corrupção em Grupos Empresariais**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração do Direito Comercial, sob orientação do Prof. Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

São Paulo, SP
2020


Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Spercel, Thiago Augusto
Lei Anticorrupção e Direito Empresarial:
Responsabilidade de Pessoas Jurídicas por Atos de
Corrupção e Repressão à Corrupção em Grupos
Empresariais ; Thiago Augusto Spercel ; orientador
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa -- São Paulo, 2020.
322
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Comercial) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Lei anticorrupção. 2. Lei 12.846. 3.
Responsabilidade do grupo econômico. 4. Sucessão por
passivos de corrupção. 5. Responsabilidade objetiva.
I. Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc, orient. II.
Título.

ÍNDICE

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 DELIMITAÇÃO DO ESTUDO	18
1.2 DIÁLOGO DAS FONTES E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	20
1.3 CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA	24
2 CORRUPÇÃO NO AMBIENTE CORPORATIVO	25
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	25
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO BRASIL	29
2.3 CORRUPÇÃO, ÉTICA CORPORATIVA E GOVERNANÇA	35
2.4 CORRUPÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA	39
2.5 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE	43
2.5.1 <i>Programas de integridade em tempos de COVID-19</i>	51
3 RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS	55
3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS	56
3.1.1 <i>Constitucionalidade da Responsabilidade Objetiva</i>	58
3.1.2 <i>Responsabilidade Objetiva e Imputação nas Organizações Empresariais</i>	72
3.2 SUJEITOS PASSIVOS	82
3.3 SUJEITOS ATIVOS	84
3.4 CONDUTAS ILÍCITAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	86
3.4.1 <i>Comparativo com o FCPA</i>	93
3.5 SANÇÕES	98
3.5.1 <i>Finalidade das sanções</i>	98
3.5.2 <i>Tipos de sanções</i>	99
3.5.3 <i>Comparativo com as sanções do FCPA e UKBA</i>	105
3.6 ACORDOS DE LENIÊNCIA	106
3.6.1 <i>Acordos de leniência e a pandemia do COVID-19</i>	111
4 IMPACTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA NOS GRUPOS EMPRESARIAIS	115
4.1 CUSTOS DE NÃO-CONFORMIDADE	116
4.1.1 <i>Custos para a sociedade</i>	116
4.1.2 <i>Custos para as empresas</i>	119
4.1.3 <i>Reflexos de atos de corrupção e acordos de leniência em contratos comerciais e financeiros</i>	132
4.1.4 <i>Reflexos de atos de corrupção na execução de contratos empresariais</i>	134
4.1.5 <i>Fundos de investimentos e a Lei Anticorrupção Brasileira</i>	138
4.1.6 <i>Lei Anticorrupção Brasileira e aquisição de ativos de infraestrutura</i>	142
4.2 RESPONSABILIDADE EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS	143
4.2.1 <i>Alteração dos documentos organizacionais</i>	144
4.2.2 <i>Transformação</i>	145
4.2.3 <i>Fusão, cisão e incorporação</i>	146
4.2.4 <i>Exceção da simulação e fraude</i>	151
4.2.5 <i>Transmissibilidade das sanções</i>	154
5 RESPONSABILIDADE EM GRUPOS SOCIETÁRIOS E OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES	158
5.1 SUCESSÃO DE RESPONSABILIDADES NO FCPA	161
5.1.1 <i>Responsabilidade do grupo econômico</i>	161
5.1.2 <i>Sucessão de passivos no contexto de fusões e aquisições</i>	166
5.1.3 <i>Mitigação de riscos no contexto de fusões e aquisições</i>	176
5.2 O GRUPO ECONÔMICO E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	181
5.2.1 <i>O grupo econômico no Direito Brasileiro</i>	185
5.2.2 <i>Responsabilidades do grupo econômico na Lei Anticorrupção Brasileira</i>	190
6 LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E AS EMPRESAS EM CRISE	208
6.1 A EMPRESA E O EMPRESÁRIO PERANTE A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	209
6.2 RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE DE UPI	214
6.3 CLASSIFICAÇÃO DAS MULTAS E RESSARCIMENTOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	220
6.4 CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL	223
6.5 O GRUPO ECONÔMICO NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	224
6.6 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	231

6.6.1 Limitação de responsabilidade – Origem e funções.....	232
6.6.2 A desconsideração na Lei Anticorrupção Brasileira	238
6.6.3 A liberdade econômica e a desconsideração da personalidade jurídica.....	239
6.6.4 Questões processuais.....	241
6.6.5 Outras considerações sobre a limitação de responsabilidade	242
7 RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS: AGENTES, REPRESENTANTES E DISTRIBUIDORES	245
8 RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES	252
8.1 RESPONSABILIDADE DE FINANCIADORES POR DANOS AMBIENTAIS.....	253
8.2 CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	260
8.3 RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES: DILIGÊNCIA E DEVERES LEGAIS	262
9 A EMPRESA E O EMPRESÁRIO PERANTE A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	273
10 O PAPEL DA CVM NO COMBATE À CORRUPÇÃO	282
10.1. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: REGISTROS CONTÁBEIS FRAUDULENTOS, DESVIO DE PODER E VIOLAÇÃO DO DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES.....	282
10.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO MERCADO DE CAPITAIS	287
11 CONCLUSÃO.....	289
BIBLIOGRAFIA	305

AGRADECIMENTOS

A pesquisa e o desenvolvimento de um trabalho acadêmico implicam sempre longas horas de estudo, disciplina, dedicação e restrições à vida do autor. Por melhor que seja o trabalho, por maior que seja o esforço, sempre permanece muito a ser estudado. Como já diria ANDRADE¹, “tudo o que escrevemos não vale o que deixamos de escrever”. Ninguém consegue trilhar esse árduo caminho sozinho; é sempre indispensável o apoio de pessoas e instituições para nos amparar, auxiliar e guiar. Seria impossível nomear todas as pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para o resultado deste trabalho. Contudo não poderia deixar de reconhecer e agradecer especialmente:

Ao Professor HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, que me orientou com sabedoria, capacidade e compreensão, tendo sempre fornecido norte para o trabalho de pesquisa e para o resultado final alcançado. Agradeço por sua coragem em inovar, ao pioneiramente trazer o estudo da corrupção para a seara do Direito Comercial, quando muitos outros se limitaram a estudá-lo sob o enfoque do Direito Penal e do Direito Administrativo, e incentivar uma visão interdisciplinar e holística do sistema do combate à corrupção com os princípios norteadores do Direito Civil e Direito Comercial. Obrigado por ter acreditado no potencial do autor.

Aos Professores GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA e FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JÚNIOR, pela colaboração no exame de qualificação, pelas valorosas contribuições ao aprimoramento desta pesquisa e por proporcionarem verdadeiro momento de aprendizado multidisciplinar, quando da arguição de qualificação.

Aos meus pais, ISMAEL AUGUSTO SPERCEL e SANDRA REGINA SPERCEL, pela formação baseada em valores humanos e éticos, que nunca mediram esforços para que eu pudesse continuar a perseguir o estudo acadêmico.

À minha esposa, CRISTIANE KISIL SPERCEL, e meu filho, THEODORO AUGUSTO SPERCEL, a quem dedico esta obra, agradeço pelo companheirismo e paciência e por, diversas vezes, abdicarem de suas prioridades para que eu pudesse me dedicar a ela.

¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. *O avesso das coisas: aforismos*. 2. ed. São Paulo: Record, 1990.

SUMÁRIO

A Lei Anticorrupção Brasileira representou um importante aprimoramento ao microsistema brasileiro de combate à corrupção. Por meio da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, as autoridades de combate à corrupção agora podem se socorrer do Direito Administrativo Sancionador para punir a pessoa jurídica corruptora e estimular condutas preventivas de compliance e integridade. Neste estudo, procuramos analisar os pontos de conexão da Lei Anticorrupção Brasileira com o Direito Comercial, incluindo a Lei das Sociedades por Ações, o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas. Analisamos os limites da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a solidariedade do grupo econômico, a desconsideração da personalidade jurídica, o tratamento de passivos de corrupção nos planos de recuperação judicial e a sucessão de multas de corrupção e penas restritivas de direito em reorganizações societárias e aquisição de negócios ou estabelecimentos. Concluímos que as sanções judiciais e administrativas da Lei Anticorrupção Brasileira, por possuírem natureza punitiva, dependem, necessariamente, da verificação de algum tipo de culpabilidade ou reprovabilidade, que pode ser o recebimento de benefícios indevidos, a inobservância do cuidado objetivo necessário ou a falha de organização. Analisamos as hipóteses legais de sucessão das sanções administrativas e judiciais nas reorganizações societárias e, no contexto recuperação judicial de empresas, entendemos que a responsabilização administrativa e civil da Lei Anticorrupção Brasileira não se transmite ao adquirente de unidades produtivas isoladas, e a proteção do art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas deve prevalecer. Com relação à responsabilidade solidária do grupo empresarial (sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas), entendemos que essa solidariedade não pode ser automática, mas infelizmente faltam parâmetros legais claros para delimitar seu alcance. Essa falta de parâmetros cria uma insegurança jurídica que pode ser muito negativa para o mundo das operações de aquisições de empresas e trespasse de negócios. Por fim, exploramos a responsabilidade dos financiadores por atos de corrupção, uma vez que, em circunstâncias excepcionais, sanções administrativas e judiciais poderão ser estendidas às instituições financeiras financiadoras de atividades corruptas, os chamados “corruptores indiretos”.

SPERCEL, Thiago. *Lei Anticorrupção e Direito Empresarial: Responsabilidade de Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção e Repressão à Corrupção em Grupos Empresariais*. 322 folhas. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, agosto de 2020.

ABSTRACT

The Brazilian Anticorruption Law represents an important improvement to the legal framework against corruption in Brazil. By attributing administrative and civil liability to corporate entities for illegal acts against the government, the Brazilian authorities can now resort to the administrative law to sanction corrupt legal entities and promote a corporate culture of compliance and integrity. In this study, we examine the connection points between the Brazilian Anticorruption Law and the corporate law in general, including the Brazilian Corporations Law, the Brazilian Civil Code and the Brazilian Bankruptcy and Reorganization Law. We review the limits and conditions of hotly debated provisions of the Brazilian Anticorruption Law relating to strict liability of corporate entities, joint and several liability of the economic group, doctrine of disregard of the legal entity, legal treatment of the corruption fines in bankruptcy and judicial recovery cases and successor liability of corruption fines and other sanctions in mergers, corporate reorganizations and business acquisitions. We believe that the judicial and administrative sanctions imposed under the Brazilian Anticorruption Law require some sort of culpability or wrongfulness of the entity, which can consist on the receipt of illegal gains, failure of organizational care or defective internal controls to prevent the illegal act. We review the literature and case law regarding successor liability for anticorruption sanctions in mergers, corporate reorganizations and business acquisitions; in particular, we believe that no successor liability for anticorruption sanctions should be attributed to bona fide acquirors of independent business units in judicial recovery cases, under the protection of article 60 of the Brazilian Bankruptcy and Reorganization Law. We also believe that the joint and several liability of the Brazilian Anticorruption Law cannot be automatically applied to the economic group (controlled or affiliated entities or consortium partners); however, statutory parameters and case law are lacking in Brazil to define the reach of such joint and several liability. The lack of such parameters generates a legal uncertainty that can be very harmful to mergers and acquisition transactions. Finally, we review the liability of financiers in projects tainted by corruption, since entities providing credit or financing may be held liable for anticorruption sanctions in exceptional circumstances under the Brazilian Anticorruption Law, as a form of indirect bribery.

SPERCEL, Thiago. *The Clean Company Act and Corporate Law: Liability of Corporate Entities for Corrupt Acts and The Fight Against Corruption in Corporate Groups*. 322 pages. Doctorate Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, August, 2020.

RÉSUMÉ

La loi anticorruption brésilienne représente une amélioration importante du microsystème brésilien de lutte contre la corruption. En prévoyant la responsabilité administrative et civile des personnes morales pour la pratique d'actes contre l'administration publique, les autorités anticorruption peuvent désormais utiliser le droit administratif sanctionnateur pour punir la personne morale corrompue et stimuler des comportements préventifs de conformité et d'intégrité. Dans cette étude, nous cherchons à analyser les points de connexion entre la loi anticorruption brésilienne et le droit commercial, y compris la loi des sociétés commerciales, le Code Civil et la loi sur le redressement des entreprises. Nous avons étudié les limites de la responsabilité objective en vertu du droit administratif sanctionnateur, la solidarité du groupe économique, l'écart de la personnalité juridique, le traitement des passifs en matière de corruption dans les plans de réorganisation judiciaire, et la succession d'amendes pour corruption et des sanctions restrictives de droits dans les réorganisations sociétaires et les acquisitions d'entreprises ou d'établissements. Nous concluons que les sanctions judiciaires et administratives prévues par la loi anticorruption brésilienne, parce qu'elles sont de nature punitive, dépendent nécessairement de la vérification d'un certain type de culpabilité ou de reprobabilité, qui peut être la réception d'avantages indus, le non-respect des précautions objectives nécessaires ou la défaillance de l'organisation. Nous avons analysé les hypothèses juridiques de succession des sanctions administratives et judiciaires dans les réorganisations d'entreprises et, dans le cadre de la réorganisation judiciaire des entreprises, nous avons l'avis que la responsabilité administrative et civile de la loi anticorruption brésilienne n'est pas transmise à l'acheteur d'unités de production isolées, et que la protection de l'article 60 de la loi sur le redressement des entreprises doit prévaloir. En ce qui concerne la responsabilité solidaire du groupe d'entreprises (sociétés de contrôle, sociétés contrôlées, sociétés affiliées ou sociétés de consortium), nous avons l'avis que cette responsabilité solidaire ne peut être automatique, mais il manque malheureusement des paramètres juridiques clairs pour délimiter son champ d'application. Ce manque de paramètres crée une insécurité juridique qui peut être fatale pour l'univers de l'acquisition d'entreprises et des opérations de vente d'activités. Enfin, nous avons examiné la responsabilité des prêteurs pour les actes de corruption, puisque dans des circonstances exceptionnelles, les sanctions administratives et judiciaires peuvent être étendues aux institutions financières qui fournissent un financement à l'entité corruptrice dans le cadre d'actes de corruption, les soi-disant "corrupteurs indirects".

SPERCEL, Thiago. *La Loi Contre Corruption et le Droit d'Enterprise: Responsabilité d'Enterprises pour les Acts de Corruption et Le Combat de la Corruption dans les Groups d'Enterprises*. 322 pages. Titre du Doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, Août 2020.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
Banco Central	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Código Civil	Lei nº 10.406, de 2002
CF	Constituição Federal do Brasil
CGU	Controladoria-Geral da União
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas, Decreto-lei nº 5.542, de 1943
CTN	Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 1966
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Decreto Federal Anticorrupção	Decreto Federal nº 8.420, de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção Brasileira em âmbito federal.
DOJ	<i>Department of Justice</i> dos Estados Unidos da América
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> de 1977 dos Estados Unidos da América
Lei Anticorrupção Brasileira	Lei nº 12.846, de 2013
LINDB	Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 1942, com a redação conferida pela Lei nº 12.376, de 2010
Lei das Sociedades por Ações	Lei nº 6.404, de 1976, com alterações posteriores
Lei de Improbidade Administrativa	Lei nº 8.429, de 1992
Lei de Licitações	Lei nº 8.666, de 1993
Lei de Recuperação de Empresas	Lei nº 11.101, de 2005

SEC	<i>Securities & Exchange Commission</i> dos Estados Unidos da América
TCU	Tribunal de Contas da União
UPI	Unidade Produtiva Isolada, termo utilizado na LRE
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UKBA	<i>United Kingdom Bribery Act</i> de 2010

ESCLARECIMENTO TERMINOLÓGICO

Nesta obra, utilizamos os termos “Direito Comercial” e “Direito Empresarial”, que *não* são sinônimos entre si. Por isso entendemos necessário fazer um esclarecimento terminológico inicial.

No passado, com a promulgação do Código Comercial de 1850 e com a necessidade da adoção de uma teoria capaz de apresentar os elementos necessários para a identificação do sujeito de tais normas, o ordenamento jurídico brasileiro, inspirado no Código Comercial Francês de 1808, adotou a “teoria dos atos de comércio”. Para essa teoria, a identificação do sujeito das normas do Direito Comercial se dava em função da atividade por ele exercida. Assim, todo aquele que explorasse uma atividade considerada como um ato de comércio seria um comerciante, submetendo-se às normas próprias do Direito Comercial. Diante da evidente limitação da teoria dos atos de comércio às novas atividades que, no início do século XX, passaram a ter maior importância para a economia mundial, Cesare Vivante desenvolveu uma nova teoria para a identificação do sujeito das normas do Direito Comercial, recepcionada inicialmente pelo ordenamento jurídico italiano, no Código Civil de 1942. Trata-se da “teoria da empresa”, que inspirou a reforma da legislação comercial de inúmeros outros países de tradição jurídica romana.

No Brasil, muito embora as inovações trazidas pela teoria da empresa já estivessem presentes em algumas leis esparsas, somente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 a citada teoria foi definitivamente incorporada em nosso ordenamento jurídico.

Para a teoria da empresa, a identificação do sujeito das normas do Direito Comercial não se dá mais em razão da atividade por ele explorada, mas sim em razão da forma como o sujeito explora a sua atividade. Desse modo, será considerado empresário, ou seja, sujeito

das normas do Direito Comercial, aquele que exercer profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966 do Código Civil). Note-se que, para a teoria da empresa, pouco importa a atividade explorada pelo sujeito, podendo ser tanto a produção ou circulação de bens como a de serviços. O que caracterizará o empresário é a forma pela qual ele explora essa atividade.

Neste trabalho, quando nos referimos à disciplina do Direito, preferimos utilizar o termo “Direito Comercial”, com seus princípios e normas, pois entendemos que o Direito Empresarial na verdade não existe como disciplina autônoma, com institutos próprios, e não se qualifica como um sistema. Quando usamos o termo “Direito Empresarial”, estamos nos referindo às disciplinas do Direito que possam mais frequentemente incidir na vida das empresas, tais como comercial, societário, concorrencial, econômico, entre outros.

1 INTRODUÇÃO

É tal a corrupção que causa nos bens a companhia e mistura dos males, que o bem misturado com o mal se converte totalmente em mal, e perde todo o ser que tinha de bem (Padre Antônio Vieira²)

Entrou em vigor no Brasil, em 29 de janeiro de 2014, a Lei Anticorrupção Brasileira, que dispõe sobre “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”. Já havia, anteriormente, previsões legais visando a reprimir atos de corrupção e operações lesivos ao patrimônio público, tais como os tipos penais de corrupção ativa e passiva previstos no Código Penal³ e outros ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa⁴ e na Lei de Licitações⁵. Porém a principal novidade trazida pela Lei Anticorrupção Brasileira é uma mudança histórica de perspectiva no combate aos crimes de corrupção, tirando o foco do Direito Penal e da persecução do agente (pessoa natural) do regime anterior e socorrendo-se do Direito Administrativo Sancionador voltado à pessoa jurídica no atual regime, ainda que se valendo de conceitos e instrumentos oriundos do Direito Penal. Em outras palavras, no lugar de perseguir o indivíduo corruptor ou o agente público corrompido, foca-se no beneficiário econômico de tal conduta, a empresa (ou grupo de empresas), que, passando a ter responsabilidades pelo combate à corrupção, deverá investir em programas e ferramentas de “*compliance*”, incluindo treinamento e controle de funcionários, fornecedores e parceiros comerciais.

Nota-se, portanto, uma mudança de foco, para centrar os esforços de combate à corrupção na figura do corruptor, e não mais unicamente na figura do agente público corrupto, em especial na figura das pessoas jurídicas e grupos econômicos.

Houve também uma mudança de percepção de reprovabilidade, na medida em que a sociedade e as autoridades públicas passaram a perceber que a figura do corruptor privado deve ser tão repudiada quanto a do agente público corrupto. Historicamente, a corrupção era combatida pelo Código Penal, com os crimes de corrupção ativa (art. 333 – oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público) e passiva (art. 317 – solicitar ou receber vantagem indevida em razão de função pública), e por outros diplomas legais focados no

² VIEIRA, Padre Antônio. Sermão da Segunda Dominga da Quaresma. *Sermões*. Erechim: Edelbra, 1998.

³ Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), artigos 333 (corrupção ativa) e 317 (corrupção passiva).

⁴ Lei nº 8.429/92, artigo 9.

⁵ Lei nº 8.666/93, artigos 89 e seguintes.

agente público, como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Licitações, citadas acima. Hoje, combate-se a corrupção principalmente pela punição das pessoas jurídicas corruptoras, e em especial utilizando-se de sanções pecuniárias (multas e devolução de vantagens ilícitas) e não-pecuniárias (proibição de contratar, perda de incentivos, suspensão de atividades).

Também restou evidente que as punições jurídicas não são as únicas ferramentas indutoras do comportamento ético e íntegro pelas empresas: na era da transparência e informação plena, as respostas do mercado, dos acionistas investidores, dos consumidores e dos colaboradores podem trazer consequências negativas para a reputação das empresas corruptas, como desvalorização da cotação das ações em bolsa⁶, ações de indenização por parte de investidores, perda de fontes de financiamento, rejeição de produtos por consumidores, fuga de talentos, entre tantas outras. Da mesma forma, prêmios de integridade estimulam condutas éticas e práticas de conformidade, tais como prêmios de *compliance*, rankings de transparência e governança, apreciação das ações⁷ e criação de valor intangível. E, mais, as empresas punidas que celebram leniência passam a atuar como “cães de guarda” nos mercados em que atuam, na medida em que, com regras mais rigorosas, passam a ter uma desvantagem competitiva com relação aos seus concorrentes que praticam atos ilícitos.

A Lei Anticorrupção Brasileira trouxe também a responsabilidade administrativa de natureza objetiva, sem a necessidade de inquirir intenção, dolo ou culpa do agente. Além de facilitar o combate ao ilícito por meio dos procedimentos administrativos sancionadores (mais céleres e objetivos, sem a rigidez e o excesso de garantias típicos do processo penal), a responsabilidade objetiva serve para estimular as empresas a investirem na prevenção de condutas ilícitas e no fomento de uma cultura de *compliance*. Na medida em que os atos ilícitos cometidos por colaboradores passam a trazer responsabilidade direta para as empresas, mesmo se cometidos sem autorização ou sequer o conhecimento da organização, as empresas passaram a investir mais pesadamente em programas de *compliance* e integridade, monitoramentos, códigos de conduta e políticas internas, treinamentos

⁶ Por exemplo, com a Operação Lava Jato, o valor de mercado da Petrobras passou de R\$ 380 bilhões em 2010 para R\$ 120 bilhões em 2015. A JBS e a BRF tiveram queda de 10,59% e 7,25% na cotação de suas ações, respectivamente, quando foi deflagrada a Operação Carne Fraca.

⁷ Empresas do Índice de Governança Corporativa da BM&FBovespa apresentaram apreciação em suas ações 122% superior às ações de empresas do IBOVESPA. “Os dados confirmam: boas práticas de governança valorizam ações” (*Revista Exame*, 03 de julho de 2017).

corporativos, conscientização dos colaboradores, canais de denúncia, entre outros⁸.

O regime de responsabilização administrativa de empresas conseguiu alcançar maior eficiência na condução de investigações e recuperação de valores, quando comparado aos processos tradicionais do Direito Penal. Por meio da justiça negociada e da colaboração, as autoridades brasileiras foram capazes de celebrar acordos de leniência e recuperar valores expressivos de empresas corruptas, incluindo Mullen Lowe Publicidade em outubro de 2015 (R\$ 50 milhões), Andrade Gutierrez em maio de 2016 (R\$ 1 bilhão), Gol Linhas Aéreas em dezembro de 2016 (R\$ 12 milhões), Rolls Royce em janeiro de 2017 (R\$ 81 milhões), Odebrecht em maio de 2017 (R\$ 3,8 bilhões), Embraer em março de 2016 (R\$ 350 milhões), J&F em agosto de 2017 (R\$ 10,3 bilhões) e Ecorodovias em agosto de 2019 (R\$ 400 milhões, a maior parte a ser paga como redução de tarifas de pedágio).

Entendemos que a Lei Anticorrupção Brasileira e a responsabilização administrativa da pessoa jurídica têm três objetivos fundamentais: (i) criar uma cultura empresarial de ética e integridade; (ii) proteger a Administração Pública contra atos lesivos; (iii) punir rigorosamente os agentes econômicos envolvidos em atos de corrupção, preservando a empresa e a atividade econômica. Neste estudo, vamos desenvolver a tese de que, na aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, as autoridades⁹ devem achar um ponto de equilíbrio entre a punição e a reabilitação do agente corrupto, preservando, na medida do possível, a viabilidade da empresa, assim resultando em geração de riqueza e desenvolvimento econômico, arrecadação de impostos e manutenção de postos de trabalho.

No entanto, vale atentar para dois pontos: (i) em primeiro lugar, não são todas as empresas que podem, devem ou merecem ser preservadas; é necessário verificar se os incidentes de corrupção são pontuais ou sistêmicos, acidentais ou intencionais, ou mesmo se a prática ilícita faz parte indissociável do modelo de negócios; (ii) em segundo lugar, vale lembrar que “preservar a empresa” (atividade organizada) não significa necessariamente “preservar o empresário” (titular da empresa, pessoa natural ou jurídica).

⁸ Para se ter ideia da importância do assunto nos dias atuais, conforme pesquisa da KPMG e Amcham em 2017, os temas “*compliance*” e “integridade” estão entre as três maiores prioridades das empresas e cerca de 60% das empresas brasileiras aumentaram significativamente seus investimentos em *compliance* nos últimos anos. Conforme o Guia Exame de Compliance, dentre as 298 empresas brasileiras entrevistadas, 93% tinham uma política de compliance e código de ética, dedicando em média 1,3% do faturamento à área de compliance. Ver: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/o-desafio-de-passar-a-limpo>. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁹ Aqui incluindo o Poder Judiciário, o Ministério Público e os órgãos de controle, como CGU e Tribunais de Contas.

É comum ouvirmos frases como “o remédio matou o paciente junto com a doença”, ao levar tantas empresas a uma situação de inabilitação e até insolvência.

Podemos pensar, por exemplo, em sanções e leniências que visem a atenuar as penalidades para as empresas, com vistas a preservar empregos e investimentos, mas que sejam rígidas e severas com os empresários, controladores ou administradores, exigindo, por exemplo, medidas como alienação de controle, afastamento da administração, boqueio de ações, entre outras. Infelizmente, o que temos atualmente são empresas falindo e os seus donos preservando seus patrimônios.

A distinção entre a sorte da empresa e a sorte do acionista/administrador no contexto das sanções e leniências em matéria da Lei Anticorrupção Brasileira nos parece essencial para entendermos os contornos de temas espinhosos como a solidariedade do grupo econômico, a desconsideração da personalidade jurídica, a sucessão de multas de corrupção ou outras penalidades em reorganizações societárias e aquisição de negócios ou estabelecimentos, o tratamento de passivos de corrupção nos planos de recuperação judicial, entre outros aspectos.

Nessa caminhada, primeiro iremos analisar se a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas está em conformidade com as regras e princípios do Direito brasileiro. Analisaremos, neste estudo, a constitucionalidade e os limites da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por ilícitos administrativos, com base nos princípios e garantias processuais do Direito Administrativo Sancionador e do processo penal-administrativo. Não pode prevalecer, isoladamente, o argumento de que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção Brasileira visa a “evitar que as pessoas jurídicas tentem se esquivar de sua responsabilidade”¹⁰ diante da “dificuldade probatória de elementos subjetivos muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais”, o que poderia, no limite, “conduzir à ineficácia” da lei¹¹. Esse não é um argumento jurídico. Como nos alertam JUSTINO DE OLIVEIRA e SCHIEFLER, “uma postura imponderada, ao

¹⁰ Parecer do Relator Deputado Carlos Zarattini, apresentado em Comissão Especial, de 19/04/2012. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em: 19 dez. 2018, p. 8.

¹¹ Mensagem EMI nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU, de 23/10/2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em: 19 dez. 2018, p. 1; Parecer do Senado nº 649, de 2013, apresentado em Plenário, datado de 04/07/2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4003724&ts=1543021110297&disposition=inline>. Acesso em: 19 dez. 2018, p. 14.

contrário do que pode parecer à primeira impressão, é prejudicial para a própria prevenção da corrupção e para o interesse público”¹².

Sabemos que a Lei Anticorrupção Brasileira criou também um regime de responsabilidade administrativa capaz de impor sanções a todo um grupo empresarial. O art. 4º, § 2º, estendeu a responsabilidade objetiva para o grupo econômico, incluindo sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas. Em que pese a nobre intenção de estimular o combate à corrupção no contexto de conglomerados econômicos, faltam parâmetros claros para delimitar o alcance dessa solidariedade, em especial no contexto de investimentos acionários e operações de fusões e aquisições. Pretendemos explorar esses parâmetros neste estudo. É preciso que as autoridades apliquem a solidariedade a conglomerados econômicos e seus acionistas apenas na exata medida em que eles tenham contribuído para o cometimento ou a perpetuação de um ilícito, ou que tenham recebido benefícios econômicos diretos. Como já alertava PADRE ANTONIO VIEIRA no Sermão do Mandato: “As causas excessivamente intensas produzem efeitos contrários. A dor faz gritar, mas se é excessiva, faz emudecer; a luz faz ver, mas se é excessiva, cega; a alegria alenta e vivifica, mas se é excessiva, mata”¹³.

Outra alteração significativa foi a expansão dos trabalhos de monitoramento e diligência para entes externos à organização. Por exemplo, um dos critérios para se avaliar a efetividade de um sistema de *compliance* é a existência de diligência em terceiros, incluindo fornecedores, distribuidores, representantes e agentes. Em outras palavras, a terceirização das atividades e do risco de condutas ilícitas não pode mais ser usada como desculpa para se perpetuarem condutas irregulares. Da mesma forma, no contexto de aquisições e investimentos, é necessário conduzir diligências nas empresas adquiridas, para mitigar o risco de sucessão por passivos relacionados a condutas ilícitas.

Além disso, o novo sistema legal cria um forte estímulo para que os administradores atuem de forma diligente, preventiva e proativa. Tradicionalmente, a responsabilidade criminal dos administradores dependia de comprovação de sua participação efetiva nos atos ilícitos, seja com dolo (ainda que na modalidade atenuada do dolo eventual) ou com culpa

¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, ano 12, nº 141, p. 311, 2017.

¹³ VIEIRA, Padre Antônio. Sermão do Mandato. *Sermões*. Vol. I. São Paulo: Loyola, 2008, p. 227.

(nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia, ou ainda por omissão). Precedente recente do STF (Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”) expandiu a responsabilidade criminal dos administradores com a chamada teoria do domínio do fato, que utilizou o conceito de crime comissivo por omissão para punir administradores que, tendo o dever especial de agir e prevenir atos ilícitos em função de seu cargo, consentem (por dolo ou culpa) com atos ilícitos de colaboradores sob sua supervisão. Com isso, os administradores passaram a investir mais pesadamente em treinamento e ferramentas de monitoramento e controle em suas linhas de comando.

De fato, a intensificação ao combate à corrupção no Brasil faz-se necessária de maneira urgente, para que nosso País, com a nona maior economia do mundo¹⁴, possa se equiparar às principais potências econômicas mundiais no que se refere à solidez das instituições públicas e seriedade do ambiente de negócios. A Declaração dos Líderes do G-20 no encontro de Toronto em 2010 traduz claramente a importância da cooperação internacional para a prevenção e combate à corrupção: “concordamos que a corrupção ameaça a integridade dos mercados, inviabiliza a concorrência justa, distorce a alocação de recursos, destrói a confiança pública e fragiliza o estado de Direito”¹⁵. Da mesma forma, o Projeto de Lei nº 39/2013¹⁶ estabelece que “a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Ela compromete a legitimidade política, enfraquece as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos”.

Historicamente, o Brasil tem sido considerado um dos principais destinos para investidores estrangeiros entre as economias emergentes, sendo o maior recipiente de investimentos estrangeiros diretos na América Latina¹⁷. No entanto, a corrupção continua a ser um dos principais desafios a serem superados, conforme relatado por organizações internacionais, tais como a *Transparency International*, que realiza pesquisas anuais para

¹⁴ De acordo com o Banco Mundial. Ver:

https://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=true&year_high_desc=true. Acesso em 16 de agosto de 2020.

¹⁵ G20 Toronto Summit Declaration, 26 e 27 de junho de 2010. No original em inglês: “we agree that corruption threatens the integrity of markets, undermines fair competition, distorts resource allocation, destroys public trust and undermines the rule of law”.

¹⁶ Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2013 (nº 6.826/2010 na Casa de origem).

¹⁷ Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2011*. United Nations Publication, junho de 2012, Santiago, Chile.

calcular o *Corruption Perception Index*, aferindo os níveis de corrupção do setor público em 182 países e territórios. O Relatório de Competitividade do Fórum Econômico Mundial de 2018 também apontou a corrupção como um dos principais obstáculos do ambiente de negócios do Brasil¹⁸.

Tem-se comentado que, nesse tocante, a Lei Anticorrupção Brasileira alinhou-se à lei anticorrupção dos Estados Unidos da América, o FCPA, já vigente há mais de quatro décadas. A influência do FCPA sobre a Lei Anticorrupção Brasileira e outras leis internacionais é evidente, tendo sido documentada por ANDRADE¹⁹, SILVEIRA²⁰, IOKOI²¹ e SPERCEL²², entre outros. No entanto, não podemos simplesmente importar a práxis estrangeira e copiar um sistema normativo sem, contudo, adaptá-lo às particularidades e exigências do ordenamento jurídico brasileiro. Como alerta ÁVILA, não podemos partir da premissa simplória que “se determinada matéria é regulada de determinado modo por determinado país desenvolvido ou pela maior parte dos países desenvolvidos, então deve ser regulada no Brasil”²³. O combate à corrupção deve ser realizado “de acordo” com nosso ordenamento jurídico brasileiro, e não “apesar dele”. Nesse sentido, ainda temos muito terreno a percorrer na aplicação da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas e grupos econômicos por atos de corrupção, o que se pretende explorar neste estudo.

Numa econômica globalizada, marcada por grandes conglomerados econômicos que atuam em diversas jurisdições, altos volumes de investimentos estrangeiros em setores produtivo e especulativo, grandes empresas com poder econômico que muitas vezes superam o Produto Interno Bruto de países de pequeno e médio porte, precisamos estudar

¹⁸ A corrupção está em sexto lugar entre os fatores mais problemáticos para o ambiente de negócios do Brasil, atrás de outros fatores como ineficiências de infraestrutura, regulamentação fiscal, carga tributária, burocracia governamental e regulamentação trabalhista. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁹ ANDRADE, Jéssica de. *A Responsabilidade Objetiva e Solidária das Sociedades Controladoras, Controladas, Coligadas e Consorciadas na Lei 1286/2013*. 2014. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A Atual Percepção sobre o Fenômeno da Corrupção: questão penal, econômica ou direitos humanos? *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 131-137, dez. 2014.

²¹ IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. A Responsabilidade Objetiva da Lei Anticorrupção. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIV, n. 126, p. 115-124, dez. 2014.

²² SPERCEL, Thiago. Considerações Sobre a Responsabilidade Solidária no Grupo Empresarial por Atos de Corrupção. *Revista de Direito Empresarial*, v. 4/2014, p. 282-292, jul. 2014.

²³ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 66.

as leis de combate à corrupção sob um enfoque multidisciplinar e multijurisdicional.

Por isso, a agenda do combate à corrupção traz pontos de conexão com diversas áreas do Direito. Por exemplo, existem alguns pontos de conflito (concretos ou aparentes) com a Lei das Sociedades por Ações, o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas, pois a Lei Anticorrupção Brasileira torna frágeis alguns dos conceitos tradicionais do Direito Civil (responsabilidade subjetiva/objetiva), do Direito Comercial (personalidade societária, desconsideração), do Direito Criminal (dolo e culpa) e também do Direito Administrativo (ato administrativo e procedimento administrativo sancionador). No entanto sabemos que o Direito não se interpreta em tiras e por isso abordaremos diversos aspectos dos diferentes microssistemas de combate à corrupção.

Neste estudo, concentraremos nossa análise nos pontos de conexão com o Direito Empresarial. Em outras palavras, propomo-nos a responder as seguintes perguntas: como o microssistema da Lei Anticorrupção Brasileira dialoga com os princípios e com o funcionamento do Direito Comercial e outros sistemas jurídicos aplicáveis às empresas? Tentando aplicar a teoria do “diálogo das fontes”²⁴ do direito pós-moderno de ERIK JAYME²⁵, a Lei Anticorrupção Brasileira convive e dialoga bem com outras normas do Direito Comercial? É possível que o operador do Direito faça uma aplicação coordenada da Lei Anticorrupção Brasileira, de um lado, e de outras leis privadas, de outro lado, como a Lei das Sociedades por Ações, o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas? Há um “diálogo sistemático de coerência, coordenação e complementaridade”²⁶? Abordaremos temas relacionados à responsabilidade do grupo econômico e à solidariedade intragrupo, à penalização das empresas e dos empresários, à análise do fluxo de vantagens e benefícios, à sucessão de passivos e contingências na venda de empresas e estabelecimentos, às teorias organizacionais de estímulos, incentivos e punições, às teorias de eficiência econômica e de alocação de riscos, aos princípios da Lei de Recuperação de Empresas (e aos processos

²⁴ Cumpre lembrar que, no nosso ordenamento jurídico de base romano-germânica, em que a Constituição Federal sobrepõe as normas inferiores e as leis ordinárias estão acima dos decretos, regulamentos e normas infralegais, o “diálogo” das fontes precisa, necessariamente, respeitar a hierarquia das leis. Dispositivos legais com hierarquias diferentes não podem “dialogar” em pé de igualdade.

²⁵ JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 60 e seq.

²⁶ Terminologia utilizada por MARQUES, Cláudia Lima em *Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das Antinomia pelo Diálogo das Fontes. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

de recuperação de empresas corruptas), entre outros temas.

No contexto da tomada de decisões dos agentes econômicos lenientes, também analisaremos a importância da segurança jurídica para o sucesso dos acordos de leniência pois a “a coexistência de diferentes regimes aplicáveis às licitações, com a sobreposição considerável entre as infrações [...] acaba gerando certa insegurança aos aderentes”²⁷.

Se, por um lado, porém, o modelo da Lei Anticorrupção Brasileira se mostrou capaz de melhorar a eficiência da persecução de condutas ilícitas, por outro ele revelou um descompasso entre órgãos de controle e fiscalização. Testemunhamos, nesses anos, falta de coordenação e insegurança jurídica entre os entes públicos de combate à corrupção. É que nosso legislador constituinte foi muito generoso ao distribuir competências para órgãos encarregados da proteção à moralidade administrativa e ao erário público. Ao Ministério Público (MP) cabe a tarefa de tutelar o patrimônio público e social, em nível federal e estatal²⁸. Ao TCU e seus congêneres estatais, cabe o dever de fiscalizar o emprego dos recursos públicos em geral²⁹. À AGU ficou reservada a missão de defender judicial e extrajudicialmente os interesses da União, incluindo os atos de corrupção³⁰. Além disso, a Lei nº 10.683/2003 criou a CGU, como órgão assessor do chefe do Poder Executivo Federal em temas relacionados à moralidade administrativa. Tem-se, pois, quatro entidades no plano federal disputando espaço no controle da corrupção. Criou-se no Brasil o desenho institucional de “multi-agências”, em que diversos órgãos e entidades públicas detêm competência para realizar ações preventivas e repressivas acerca de atos de corrupção, nas esferas administrativa, cível, criminal e dos tribunais de contas. Se, por um lado, um sistema “multi-agências” dificulta o sequestro do Estado (na medida em que sempre haverá algum ente público não integrado ao esquema corrupto), por outro lado esse sistema, se não atuar de forma coordenada e una, pode estimular a competição destrutiva entre agências e trará enorme insegurança jurídica ao jurisdicionado, o que afinal desestimulará a utilização da leniência. Vimos recentemente a judicialização dos acordos de leniência firmados pelo MPF, em ações movidas pelas outras autoridades de combate à corrupção, em grande parte com o propósito de proteger suas esferas de competência e seu interesse

²⁷ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 36.496-DF, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes, 5 de agosto de 2019.

²⁸ Constituição Federal do Brasil, art. 129. III.

²⁹ Constituição Federal do Brasil, art. 70.

³⁰ Constituição Federal do Brasil, art. 131.

institucional/corporativo³¹.

Alguns autores chegaram a sugerir que a Lei Anticorrupção Brasileira poderá ter um “efeito paradoxal aos efeitos propostos, qual seja, criar um campo propício ao incremento da corrupção”, isso porque, em razão do amplo empoderamento punitivo dos gestores públicos em todos os níveis de governo, a lei “cria, inevitavelmente, um ambiente de ampla discricionariedade punitiva dos gestores públicos, à revelia da segurança jurídica aos destinatários dessas normas”³². Conforme FILGUEIRAS e ARANHA, no Estado burocrata brasileiro que surge após o patrimonialismo monárquico, “em uma fórmula bastante simples, quanto maior a margem de discricionariedade dos burocratas, maior a corrupção”³³.

Como então garantir a coordenação das autoridades públicas e a segurança jurídica para o leniente? Seria por meio de um órgão ou entidade central para o processamento e aplicação das penalidades administrativas (como é o caso do CADE para o Direito Antitruste)³⁴? Seria por meio de acordos de cooperação entre os órgãos da Administração Pública? Seria por meio da necessidade de homologação judicial?

³¹ Por exemplo, a pedido do MPF, foi revogada liminar em ação de improbidade administrativa contra determinada empresa de engenharia que celebrou acordo de leniência, liminar essa que decretava indisponibilidade de seus bens. Em sede de agravo de instrumento proposto pela AGU (Agravo de Instrumento 5023972-66.2-17.4.04.0000/PR), o TRF-4 reconhece ser necessária a participação da AGU acerca da reparação integral do dano e do *quantum* a ser indenizado e por isso o acordo de leniência celebrado com o MPF teria um vício sanável, pois dependeria de ratificação pela AGU. Por isso, enquanto não houver ratificação pela AGU, deveria prosseguir a ação de improbidade e os bens deveriam continuar bloqueados.

Em outro caso, determinada construtora impetra mandado de segurança preventivo no STF (Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.435-DF) pedindo a proibição de decretação de inidoneidade pelo TCU, que está prestes a acontecer. Na mesma linha acima, o STF reconhece a competência do TCU para fiscalizar o dinheiro público e quantificar o dano ao erário, de maneira que, se o acordo não contempla a reparação integral do dano e não contém a participação do TCU, deve a ação de improbidade prosseguir.

Mais recentemente, a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, em decisão sigilosa, proibiu o uso de provas obtidas pela Operação Lava Jato contra delatores e empresas que reconheceram crimes e passaram a colaborar com os procuradores à frente das investigações. A decisão orienta que os órgãos de controle (como TCU e CGU) e outras entidades (como Banco Central, Receita Federal e CADE) não podem usar provas contra colaboradores sem autorização. Com a decisão, que atendeu a um pedido do Ministério Público Federal, os delatores e empresas ficam blindados contra o cerco dos outros órgãos de controle. Para os procuradores do Ministério Público Federal, a medida é necessária para evitar que a insegurança jurídica criada pela falta de coordenação entre os vários órgãos de controle desestime novos colaboradores, prejudicando o combate à corrupção. Ver: Moro trava investigações para proteger empresas e delatores da Lava Jato. *Folha de S. Paulo*, 13 jun. 2018, p. A4.

³² VALE, Murilo Melo. A Lei de Anticorrupção Empresarial: um contraponto à agenda de combate à corrupção. *Revista Síntese Direito Empresarial*, ano 8, n. 47, p. 29-58, nov./dez. 2015.

³³ FILGUEIRAS, Fernando; ARANHA, Ana Luiza Melo. Controle da Corrupção e Burocracia da Linha de Frente: Regras, Discricionariedade e Reformas no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 54, nº 2, p. 354, 2011.

³⁴ Essa é a proposta de VALE, Murilo Melo, ob. cit.

Além disso, o presente estudo também aborda aspectos do Direito Comparado, pois, no contexto de economia globalizada, um determinado ato de corrupção gera impactos transnacionais e costuma normalmente disparar consequências jurídicas e iniciativas persecutórias em diferentes jurisdições, por diferentes autoridades. Citamos, como exemplo, os eventos de corrupção envolvendo a Petrobras, que dispararam investigações e punições pelo Ministério Público brasileiro (por envolverem condutas criminosas e lesão ao patrimônio público brasileiro), pelo TCU (por envolverem lesão ao erário público), pela Comissão de Valores Mobiliários (por envolverem fraude e lesão aos investidores e à poupança pública), pelo DOJ dos Estados Unidos (por envolverem condutas criminosas em território americano ou impactando residentes dos Estados Unidos), pela SEC dos Estados Unidos (por envolverem fraude e lesão aos investidores que compraram valores mobiliários listados em bolsas americanas), por meio das *class actions* movidas por investidores americanos (visando ao ressarcimento de prejuízos) e até por autoridades criminais suíças (por envolverem contas bancárias e contratos naquele país). Outro exemplo é o caso recente do Grupo J&F/JBS, que detém dezenas de empresas atuando no Brasil e nos Estados Unidos, envolvidas em maior ou menor grau das delações de seus executivos.

Por esse motivo, o presente estudo não se limitará ao Direito brasileiro, mas também deverá abordar o FCPA e a jurisprudência norte-americana, em especial no que diz respeito à aplicação extraterritorial a empresas e agentes brasileiros e à extensão da responsabilidade por atos de corrupção a outras empresas do grupo econômico prevista no art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira. Abordaremos também o *UK Bribery Act* de 2010, que entrou em vigor no Reino Unido em julho de 2011, visando a combater corrupção interna e internacional envolvendo empresas e agentes britânicos, e a Convenção Anticorrupção aprovada em 1997 pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e ratificada pelo Brasil em 2000 pelo Decreto nº 3.678 e convertida em Lei em 2002 pela Lei nº 10.467.

1.1 DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

O combate à corrupção no sistema jurídico é baseado num emaranhado de diplomas legais e normas, com diferentes esferas de aplicação, diferentes sujeitos passivos, diferentes bens jurídicos tutelados, diferentes autoridades investigadoras e repressoras e diferentes penalidades. Algumas dessas normas jurídicas aplicam-se exclusivamente às pessoas naturais (como é o caso do Código Penal) ou aos funcionários públicos e entes da

Administração Pública (como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa³⁵), ainda que possam envolver, de forma indireta, pessoas jurídicas, empresas ou organizações. Não pretendemos estudar tais normas. O foco do presente estudo está na seara do Direito Empresarial: o diálogo e a aplicação coordenada entre a Lei Anticorrupção Brasileira e outras normas do Direito Comercial e ramos do direito aplicáveis às empresas, passando por temas como a responsabilidade da pessoa jurídica e do grupo empresarial por ilícitos administrativos e a obrigação de indenização dos grupos econômicos e sucessores em matéria de corrupção.

Para ficar clara a delimitação: o Código Penal tipifica os crimes de corrupção ativa (art. 333 – oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público), corrupção passiva (art. 317 – solicitar ou receber vantagem indevida em razão de função pública) e tráfico de influência (art. 332 – solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função). Por decorrência da assinatura, pelo Brasil, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁶, em 2002 o Código Penal foi alterado para incluir o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado a transação comercial internacional) e o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C – solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional). Os sujeitos ativos apenados por tais crimes são exclusivamente as pessoas naturais que os praticam, nunca as pessoas jurídicas as quais representam. Por não encontrar aplicação direta às pessoas jurídicas e aos grupos empresariais, nenhum desses crimes tipificados no Código Penal fará parte deste estudo. Deixaremos essa tarefa aos nossos colegas criminalistas.

Da mesma forma, existem outros crimes relativos à corrupção tipificados em legislação esparsa, em especial os crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90, art. 3º), os crimes relativos às licitações públicas (Lei nº 8.666/93, arts. 89 a 98), os crimes de

³⁵ Lei nº 8.429/92, artigo 9.

³⁶ No Brasil, a convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

lavagem de dinheiro³⁷ (Lei nº 9.613/98, art. 1º, posteriormente modificada pela Lei nº 12.683/12) e a participação em organizações criminosas (Lei nº 12.850/13), que não serão objeto de estudo na presente obra, exceto quando oferecerem subsídios interpretativos para a Lei Anticorrupção Brasileira³⁸. Também não pretendemos analisar em detalhes a Lei de Improbidade Administrativa, que estipula sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

O foco de análise ficará realmente nos ilícitos administrativos da Lei Anticorrupção Brasileira e na extensão dos seus efeitos aos grupos econômicos, investidores e adquirentes, empresas em recuperação judicial e extrajudicial, instituições financeiras financiadoras e agentes ou terceiros representantes.

A pesquisa utilizou-se do método dedutivo de análise e filia-se à visão dogmática baseada no tripé doutrina, legislação e jurisprudência, procurando, contudo, escapar à limitação de um debate meramente conceitual, na medida em que busca integrar uma abordagem multidisciplinar.

1.2 DIÁLOGO DAS FONTES E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

[O] jurista não pode esperar por um Direito ideal. Ele deve trabalhar com o Direito existente, em busca de soluções melhores.³⁹

Sabemos que a Lei Anticorrupção Brasileira e o microssistema do combate à corrupção trazem diversos pontos de conexão com outras áreas do Direito, mas neste estudo concentraremos nossa análise nos pontos de conexão com o Direito Comercial. Como se dá

³⁷ Vale mencionar, contudo, que a Lei de Lavagem de Dinheiro e a Lei do Crime Organizado representaram importantíssimos avanços na investigação e punição de atos de corrupção, na medida em que criaram facilidades processuais de levantamento de informações e produção de provas, a possibilidade de medidas preventivas, bem como o bloqueio e o perdimento de bens. Além disso, a Lei do Crime Organizado introduziu o mecanismo da delação premiada ao processo penal brasileiro, que rapidamente se tornou o mais importante instrumento no combate à corrupção. Conforme ficou definido em decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 127.483, a delação é “uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico personalíssimo que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, que não pode ser impugnada por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento”.

³⁸ Por exemplo, no Capítulo 8 analisaremos a relação entre a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98, posteriormente modificada pela Lei nº 12.683/12) e a configuração do ilícito administrativo de financiar atos de corrupção.

³⁹ STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. Revue Trimestrelle de Droit Civil*, p. 477-515, 1958.

o diálogo entre a Lei Anticorrupção Brasileira e as normas e os princípios do Direito Comercial? Há um “diálogo sistemático de coerência, coordenação e complementaridade”⁴⁰? Ou há pontos de conflito e contradição?

Ao longo deste trabalho, deparar-nos-emos com alguns pontos de conflito (concretos ou aparentes) com a Lei das Sociedades por Ações, o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas, pois a Lei Anticorrupção Brasileira toca em pontos nevrálgicos da integração público-privada, relativizando e tornando frágeis alguns dos conceitos tradicionais do Direito Civil (responsabilidade subjetiva/objetiva); do Direito Comercial (personalidade societária, desconsideração); do Direito Criminal (dolo e culpa) e também do Direito Administrativo (ato administrativo, procedimento administrativo sancionador).

Por isso consideramos importante tecer alguns comentários sobre as regras de harmonização de leis e princípios, o diálogo entre as fontes no sistema jurídico⁴¹.

Pelas regras tradicionais de resolução de conflito de leis, a solução do conflito normalmente orienta-se pela prevalência de uma lei sobre outra, com a consequente exclusão da outra do sistema. Nessa linha, teríamos a tese (lei antiga), a antítese (lei nova) e a consequente síntese (ab-rogação, derrogação ou revogação) e com isso traríamos clareza e integridade ao sistema jurídico. Os critérios para resolver os conflitos de leis seriam anterioridade (lei posterior prevalece sobre lei anterior, ou “*lex posterior derogat legi priori*”), especialidade (lei com regras específicas prevalece sobre lei com regras gerais) e hierarquia (lei de hierarquia maior prevalece sobre lei de hierarquia inferior), a priorizar-se, segundo BOBBIO⁴², a hierarquia.

A doutrina mais moderna, porém, está mais à procura da harmonia e da coordenação entre as normas, do que da exclusão. A própria LINDB já contempla que “a lei nova, que

⁴⁰ Terminologia utilizada por MARQUES, Cláudia Lima, em Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das Antinomia pelo Diálogo das Fontes. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19.

⁴¹ Utilizamos a definição de “sistema de direito” proposta por SAUPHANOR e MARQUES de “um todo estruturado hierarquicamente e funcionalmente, um complexo de elementos em interação de normas, princípios e jurisprudência”. Ver SAUPHANOR, Nathalie. *L’Influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris, LGDJ, 2000, p. 23; e MARQUES, Cláudia Lima, em Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das Antinomia pelo Diálogo das Fontes. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 16.

⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pollis/Universidade de Brasília, 1990, p. 92; BOBBIO, Norberto. *Des critères pour résoudre les antinomies*. Bruxelas: Bruylant, 1965, p. 255.

estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (art. 2º, § 2º). Ou seja, face ao atual “pluralismo pós-moderno”⁴³ do Direito com fontes legislativas diversas, ressurgem a necessidade de coordenação entre as leis e os princípios no ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Procura-se uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do nosso direito contemporâneo. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluída, mais flexível, a permitir maior coordenação das fontes.

Naturalmente, esse diálogo das fontes precisa ser travado sempre respeitando a hierarquia das leis. Dispositivos legais com hierarquias diferentes não podem “dialogar” em pé de igualdade⁴⁴.

Conforme JAYME⁴⁵, é necessária uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito do sistema jurídico a fim de reestabelecer sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas à convivência recíproca, ou seja, do “monólogo” ao “diálogo”. Recorrendo à bela expressão de JAYME, o “diálogo das fontes” (“*dialogue des sources*”) visa a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas em atrito. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente”⁴⁶.

Feitos esses esclarecimentos, passaremos a analisar alguns aspectos da Lei Anticorrupção Brasileira que exigem diálogo e coordenação com o Direito Comercial.

No Capítulo 3, confrontaremos a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira com as regras do Direito Privado sobre imputação de responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de seus agentes: noções de principal/agente, representação por administradores/representantes, limites dos poderes de representação, responsabilidade por fato próprio, responsabilidade por atos de terceiros (responsabilidade

⁴³ Terminologia de JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, II, p. 60 e seq., 1995.

⁴⁴ Por exemplo, nossa Constituição Federal deve sempre prevalecer sobre leis complementares e ordinárias, e leis ordinárias sempre estarão acima dos decretos, regulamentos e normas infralegais. O “diálogo” pressupõe igualdade hierárquica das fontes do Direito.

⁴⁵ JAYME, Erik, op. cit., p. 60 e seq.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima, em Três Tipos de Diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das Antinomia pelo Diálogo das Fontes. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

vicariante), responsabilidade por falha organizacional, imputação automática, entre outros assuntos.

No Capítulo 4, pretendemos demonstrar que, em alguns aspectos, o art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira, que trata sucessão da responsabilidade em casos de reorganização societária, não dialoga adequadamente com o tratamento jurídico da incorporação, cisão e outros atos societários disposto no Código Civil e na Lei das Sociedades por Ações. Analisaremos os casos de responsabilização por sanções administrativas da Lei Anticorrupção Brasileira no caso de operações societárias, fundos de investimento, aquisição de ativos de infraestrutura, entre outros. Também comentaremos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica ao amparo do art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira, quando comparados à regra geral de desconsideração de responsabilidade jurídica constante no art. 50 do Código Civil, e algumas questões processuais decorrentes dos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil.

No Capítulo 5, mostraremos que o tratamento do art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, que cria a solidariedade automática entre as empresas de um grupo econômico (controladas, controladoras, coligadas e consorciadas), é aparentemente incompatível com as noções de grupo econômico (de fato e de Direito) que vigem no Direito Comercial e com o princípio da separação patrimonial que norteia o mundo dos negócios. Essa incompatibilidade cria uma insegurança jurídica que pode ser fatal para o mundo das operações de aquisições de empresas e trespasse de negócios. O problema é que a lei não delimita os critérios de imputação dessa responsabilidade, nem esclarece se as sanções que podem ser impostas nos âmbitos judicial e administrativo também poderiam atingir os grupos societários. Vamos explorar algumas formas possíveis de convivência harmônica entre as normas jurídicas em conflito.

Também abordaremos, no Capítulo 6, os pontos de interação e aparentes conflitos entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas, tentando harmonizar, de um lado, os objetivos de recuperação da empresa e soerguimento da crise financeira, com o objetivo de repressão aos atos de corrupção e proteção à Administração Pública. Trataremos, por exemplo, da sucessão (ou não) da responsabilidade do adquirente de unidades produtivas isoladas por multas e outros passivos decorrentes de atos de corrupção e da natureza concursal (ou não) das multas e obrigações decorrentes de acordos de leniência.

Todos esses temas se encaixam no acima referido “diálogo das fontes” de JAYME e cabe a nós propor uma forma de interpretação que permita a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas em atrito. Isso não sendo possível, passa a ser necessário propor medidas de alterações legislativas que resolvam tal atrito.

1.3 CONTRIBUIÇÃO ORIGINAL À CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Já existem diversas linhas de pesquisa e estudos diversos sobre o tema da corrupção, considerado de forma ampla e genérica. A maioria desses estudos enfrenta o tema sob o enfoque do Direito Penal ou Processual Penal (repressão, investigação e persecução penal) ou do Direito Administrativo (sanções econômicas, improbidade administrativa e punições disciplinares).

Neste estudo, pretendemos oferecer uma contribuição original de estudo multidisciplinar, com enfoque no Direito Empresarial e em temas relacionados à responsabilidade do grupo econômico, fluxo de vantagens e benefícios, solidariedade intragrupo, sucessão de passivos e contingências na venda de empresas e estabelecimentos, teorias organizacionais de estímulos, incentivos e punições, entre outros temas.

Nesse tocante, notamos que a Lei Anticorrupção Brasileira tem alguns pontos de preocupação, especialmente no seu art. 4º, § 2º, uma vez que, ao determinar a responsabilização automática e solidária às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas por atos de corrupção, a Lei Anticorrupção Brasileira pode dificultar ou afugentar investimentos estrangeiros. Assim como já ocorre em outras áreas do Direito, a nova Lei Anticorrupção Brasileira confirma a tendência do legislador e do Poder Judiciário brasileiro de flexibilizar a desconsideração da personalidade jurídica em detrimento da responsabilidade limitada e da separação patrimonial, que são princípios básicos do investimento privado e do direito empresarial.

Acreditamos que, numa econômica globalizada, marcada por grandes conglomerados econômicos que atuam em diversas jurisdições e altos volumes de investimentos estrangeiros em setores produtivos e especulativos, os estudos conduzidos até o momento não têm sido adequados para oferecer uma real percepção do fenômeno da corrupção e formas eficazes de combatê-la.

2 CORRUPÇÃO NO AMBIENTE CORPORATIVO

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. (Rui Barbosa⁴⁷)

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Vários autores⁴⁸ tentam definir e explicar o fenômeno da corrupção e analisar os motivos que levam a ela, passando pelos conceitos de ética, moral, cultura e ambiente de negócios. O primeiro passo é reconhecer que a corrupção é inerente ao ser humano e muito antiga, com antecedentes históricos de luta contra ela que remontam à idade antiga. Conforme FARRALES⁴⁹, corrupção é um fenômeno global, que atravessa sistemas, tempos e culturas e existe em todos os países, em todas as épocas, em todas as formas de governo.

KAUFMAN⁵⁰ e THAKUR⁵¹ citam um texto da Índia antiga, o “Arthashastra”, com mais de 2.400 anos, como vestígio histórico do combate à corrupção. Nele, um dos conselheiros do imperador Chandragupta Maurya discorre sobre a inevitabilidade do fenômeno da corrupção e a necessidade de contê-la no império:

Imported goods shall be sold in as many places as possible [...] [and] local merchants who bring in foreign goods by caravan or by water routes shall enjoy exemption from taxes, so that they can make a profit. The King shall protect trade routes from harassment by courtiers, state officials, thieves and frontier guards [...]

⁴⁷ SENADO FEDERAL DO BRASIL. *Obras completas de Rui Barbosa*. 1914, vol. 41, t. 3, p. 86

⁴⁸ Entre eles, DUCKER, Peter. What is Business Ethics. *The McKinsey Quarterly*, n. 3. Autumn 1981, p. 2-15; NICHOLS, Philip M.; ROBERTSON, Diana. (ed.). *Thinking About Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 1-25; HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour – Business Values: Culture Commitment, Trust and Ethics*. Oxford and Portland, Oregon, 2015, p. 669-694.

⁴⁹ “Corruption is a cross-systemic, cross-temporal and cross-cultural phenomenon. It can exist in any country, at any time, and under any form of government.” FARRALES, Mark Jorgensen. *What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*. University of California, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1739962>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁵⁰ KAUFMANN, Daniel. *Research on Corruption: Critical Empirical Issues*. Ed. Arvind Jain, Economics of Corruption. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988.

⁵¹ THAKUR, Upendra. *Corruption in Ancient India*. Delhi: Abhinav Publications, 1979. Nossa tradução: “Bens importados deverão ser vendidos no maior número de locais possível [...] [e] comerciantes locais que trouxerem bens estrangeiros por rotas de caravana ou de navegação receberão isenção de impostos, de forma que possam auferir lucro. O Rei protegerá as rotas de comércio contra pressões indevidas de membros da corte, representantes do estado, ladrões e guardas de fronteiras [...] [e] os guardas de fronteiras deverão arcar com os bens perdidos [...] Da mesma forma que não é possível evitar experimentar mel ou veneno colocado na ponta na língua, também é impossível que um funcionário do governo não se aproprie de uma parcela da receita do Rei [...] E existem cerca de quarenta formas de apropriação indevida de recursos públicos pelos funcionários do governo”.

[and] frontier officers shall make good what is lost [...] Just as it is impossible not to taste honey or poison that one may find at the tip of one's tongue, so it is impossible for a government servant not to eat up at least a bit of the King's revenue [...] And there are about forty ways of embezzlement by the government servant [...] (Kautilya, The Arthashastra).

Naturalmente, a corrupção no mundo antigo não se limitava à Índia.

Historiadores europeus⁵² reportam que a corrupção era intensa em Roma, na Grécia e em Atenas, sendo uma das causas do declínio do Império Romano. Há relatos de decretos da Corte de Areopagus (por volta do ano 338) ordenando a investigação e punição de homens públicos de Atenas por corrupção e mau uso de cargos públicos⁵³. PERELLI⁵⁴ e NENCINI⁵⁵ documentam a corrupção e a “podridão” na antiga Roma, relatando maus costumes na administração pública, concluindo que a corrupção é um “mal dos homens, não dos tempos”.

A própria Bíblia (ÊXODO, 23:8) faz referência ao suborno: “Também suborno não tomarás; porque o suborno cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos”⁵⁶.

Na Europa feudal, como regra, os cargos públicos eram considerados uma propriedade pessoal de seu ocupante, desvinculados de quaisquer deveres, uma visão patrimonialista do cargo público⁵⁷.

Diversamente de outros países europeus como Inglaterra e da Holanda, onde a distinção entre o público e o privado tomava corpo a partir do século XV, em Portugal o patrimônio real fazia toda a sociedade girar em torno do rei. E essa característica foi exportada para a administração colonial que seria implantada no Brasil (como veremos no capítulo seguinte).

Mas foi na formação do Estado Moderno que o fenômeno da corrupção adquiriu dimensões dramáticas a partir da ideia de separação das esferas público e privada e, bem

⁵² MACMULLEN, Ramsay. *Corruption and the Decline of Rome*. New Haven: Yale University Press, 1989; WILSON, Ronald C. *Ancient Republicanism: its Struggle for Liberty Against Corruption*. New York: Lang, 1989.

⁵³ CARAWAN, Edwin M. *Apophysis and Eisangelia: The Role of the Areopagus in Athenian Political Trials*. University of Virginia press, 1985.

⁵⁴ PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma*. 3. ed. Milão: RCD Libri SpA, 1999.

⁵⁵ NENCINI, Ricardo. *Corroti e corruttori nel tempo antico*. Roma: Shakespeare and Co., 1993.

⁵⁶ A BÍBLIA. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

⁵⁷ HEIDENHEIMER, Arnold J. *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*. 2. ed. New Brunswick: Transaction Books, 1978.

assim, das limitações jurídicas ao exercício dos poderes públicos⁵⁸. No Estado moderno, configurado em torno de uma sociedade comercial, o potencial corruptor das instituições passou a residir nas fraudes envolvendo dinheiro e bens econômicos que podiam ser acessados pelos cargos públicos⁵⁹. Para MARAVALL⁶⁰, o advento do Estado moderno baseado na economia monetária assinala o declínio dos valores heroicos da cultura cavaleiresca, e, com ele, o desaparecimento daquela concepção de riqueza e o aparecimento de outra, mais mercantil.

Conforme ROMEIRO, “é a partir do século XVI que começa a aparecer na Península Ibérica uma série de tratados sobre a moralidade dos agentes da administração, exaltando a imparcialidade e a honestidade como virtudes essenciais ao bom exercício de suas atividades”⁶¹. Trata-se de esforço de fixar um quadro de referências ético-morais, capaz de abarcar as esferas de atuação pública.

Investigando as causas gerais da corrupção, MAURO⁶² identifica várias formas ilícitas de expropriação de valor do Estado. Como regra geral, o nível de corrupção de um determinado país está diretamente relacionado com o nível de intervenção do Estado na economia. Quando existe um alto grau de regulação e uma alta discricionariedade dos agentes públicos, haverá terreno fértil para proliferação da corrupção. Em particular, MAURO aponta:

- i. Com base nas pesquisas de KRUEGER⁶³, ADES e DI TELLA⁶⁴, quanto maior for o nível de *regulação e restrição das importações e exportações*, maior será o nível de corrupção num determinado país; quando há burocracia para importação, necessidade de licenças e autorizações

⁵⁸ JIMENEZ DE PRAGA, Manuel. *La corrupción en la democracia*. Alianza, D.L., 1997.

⁵⁹ Nesse sentido, MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1973, e GRAMSCI, A. *Cadernos do Cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

⁶⁰ MARAVALL, José Antônio. *La teoría española del estado en el siglo XVII*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1944.

⁶¹ ROMEIRO, Adriana. A corrupção na época moderna. *Revista Tempo*, vol. 21, nº 38. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/tem/v21n38/1413-7704-tem-21-38-00216.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

⁶² MAURO, Paolo. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, nº 3, p. 681-712, 1995; MAURO, Paolo. The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure. *International Monetary Fund Working Paper*, September 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994. Acesso em: 16 jan. 2019.

⁶³ KRUEGER, Anne. The Political Economy of Rent-Seeking Society. *American Economic Review* 64, nº 2, 1974, p. 291.

⁶⁴ ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. *Competition and Corruption*. Institute of Economics and Statistics Discussion Papers 169, University of Oxford, 1994.

governamentais, quotas-limite de importação ou qualquer outra forma de proteção do mercado doméstico, haverá incentivo econômico para pagamentos ilícitos para obtenção de tais licenças e autorizações.

- ii. ***Incentivos e subsídios governamentais*** também criam oportunidade de expropriação e estão relacionados aos índices de corrupção⁶⁵; ADES e DI TELLA⁶⁶ correlacionam estatisticamente os países com maior índice de subsídios governamentais em proporção ao PIB com uma tendência de maiores níveis de corrupção.
- iii. ***Controle de preços*** por autoridades governamentais representam terreno fértil para corrupção.
- iv. KRAAY e VAN RIJCKEGHEM⁶⁷ e HAQUE e SAVAY⁶⁸ documentam que ***baixos salários do funcionalismo público*** (quando comparados ao setor privado ou ao PIB per capita) representam incentivos para que funcionários públicos busquem complementação de renda por meio de pagamentos ilícitos de corrupção.
- v. Países com economias dependentes da ***exploração de recursos naturais*** (geralmente pertencentes ao Estado) também experimentam maior índice de corrupção⁶⁹.
- vi. ***Fatores sociológicos*** também contribuem para o nível de corrupção; SCHLEIFER e VISHNY⁷⁰ verificam que países com maior diversidade de grupos étnicos apresentam menor organização do Estado e maior índice de corrupção; TANZI⁷¹ documenta que sociedades organizadas com base em laços familiares fortes registram maior grau de nepotismo e favorecimento indevido entre familiares.

⁶⁵ CLEMENTS, Benedict; HUGOUNENQ, Réjane; SCHWARTZ, Gerd. *Government Subsidies: Concepts, International Trends and Reform Options*. IMF Working Papers 95, Washington, 1995.

⁶⁶ ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. *Competition and Corruption*. Institute of Economics and Statistics Discussion Papers 169, University of Oxford, 1994.

⁶⁷ KRAAY, Aart; VAN RIJCKEGHEM, Caroline. *Employment and Wages in the Public Sector – A Cross-Country Study*. IMF Working Papers 95, Washington, DC, 1995.

⁶⁸ HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. *Do Government Wage Cuts Close Budget Deficits?* IMF Working Papers 96/19, Washington, DC, 1996.

⁶⁹ Conforme SACHS, Jeffrey; WARNER, Andrew. *Natural Resource Abundance and Economic Growth*. NBER Working Papers 5398, Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 1995.

⁷⁰ SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, CIX: 599-617, 1993.

⁷¹ TANZI, Vito. *Corruption, Governmental Activities and Markets*. IMF Working Papers 94/99, Washington, DC, 1994.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO BRASIL

Ou o Brasil acaba com a saúva, ou a saúva acaba com o Brasil. (Saint Hilare⁷²)

Neste capítulo, propomos traçar uma retrospectiva histórica da corrupção no Brasil e uma contextualização sociológica, com a intenção de realçar os âmbitos jurídico-políticos que tenham impacto direto no combate à corrupção.

Vários autores⁷³ citam a carta de Pero Vaz de Caminha ao rei D. Manuel, que, ao anunciar o descobrimento do Brasil, antes mesmo de pisar em solo brasileiro, arriscava-se a pedir à Sua Alteza que mandasse vir da Ilha de São Tomé o seu genro, Jorge de Osório, para ocupar cargo público⁷⁴. Não se trata verdadeiramente de ato de corrupção, pois, naquela época, era lícita e comum a concessão de favores e tratamentos distintos por autoridades públicas. A corrupção não guardava o mesmo sentido dos dias atuais, já que o poder exercido pelos monarcas na Idade Média explicava-se pela vontade divina e todo o patrimônio do Estado pertencia ao monarca, que podia dele dispor como bem entendesse.

A corrupção na história brasileira é bem documentada por HABIB em *Brasil – quinhentos anos de corrupção*⁷⁵, entre outras obras. Na organização do Brasil-colônia, durante o período das capitânias hereditárias, os donatários tinham grande poder: tinham jurisdição civil e criminal, podiam escravizar índios, cobrar tributos e abrigar e anistiar criminosos. Desde logo se percebia a confusão entre público e privado: o Estado português pretendia ocupar o território brasileiro, assim transmitia praticamente todas as funções estatais a particulares, que deveriam desenvolver as capitais com recursos privados. Posteriormente, o governo foi desempenhado pelo Governador Geral na Bahia, com restrições legais e reporte a Portugal, e nesse contexto muitos são os casos relatados por historiadores sobre corrupção praticada por Governadores Gerais⁷⁶: consta que o

⁷² SAINT-HILARE, Auguste de. *Voyage Dans les Provinces De Saint-Paul Et De Sainte-Catherine*. Paris: A. Bertrand, 1851.

⁷³ Entre eles, PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Fenômeno da Corrupção na História do Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al. *48 Visões Sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

⁷⁴ Este é o trecho da carta: “E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d’Ela receberei em muita mercê”.

⁷⁵ HABIB, Sérgio. *Brasil – 500 Anos de Corrupção – Enfoque Sócio-Histórico-Jurídico-Penal*. São Paulo: SAFE, 1994.

⁷⁶ Exemplos históricos colhidos em COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*; DEBBIO, Aleessandra Del et al. *Temas de Anticorrupção & Compliance*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

governador Jerônimo de Mendonça Furtado teria sido deposto em 1666 pela Câmara de Olinda por comercializar pau-brasil, atividade que consistiria em monopólio da Coroa; ou, ainda, que o governador João Tavares Roldão teria sido expulso pelo Conselho Ultramarino por receber vantagens de capitães de navios interessados em levar mais açúcar do que o permitido, bem como por construir um barco pessoal com recursos reais. Conforme relata FREYRE, a venda de mantimentos no Brasil-colônia era objeto de contratos de exclusividade concedidos pelo governo que muitas vezes eram obtidos mediante suborno, como é o caso do comerciante Francisco do Amaral, que fornecia gado aos açougues da região baiana da Diamantina e teria recorrido ao suborno para prorrogar seu contrato, que deveria vencer em 1706⁷⁷.

Mais adiante, no século XVIII, em Minas Gerais, encontram-se relatos sobre o contrabando de ouro, a exemplo do “santo do pau oco”, figuras de santos esculpidas em madeira com o interior vazio, para transportar ouro e fugir da derrama e da tributação, que contava com a fiscalização condescendente de representantes da realeza.

Também eram frequentes os casos de empréstimos feitos pelos comerciantes ao erário real (principalmente no contexto das altas despesas incorridas com a vinda da Corte ao Brasil), tendo sido recompensados com honrarias, títulos e favores pela administração⁷⁸.

A dinâmica patrimonialista da relação entre as esferas pública e privada fica muito evidenciada ao se analisar a organização burocrática no período colonial. Os cargos públicos eram tidos como de propriedade do soberano, que os doava àqueles que melhor o remunerasse. Esse mecanismo de “compra” de cargos públicos era recompensado pela convicção de que o cargo em si traria a remuneração ao seu ocupante, mediante atos de corrupção⁷⁹.

Os altos cargos públicos em geral eram ocupados por portugueses natos, dado que em sua maioria exigiam formação universitária, à época disponível apenas em Coimbra. Esses portugueses vinham ao Brasil apenas com o intuito de ficarem ricos muito rapidamente e permanecerem no Brasil o menor tempo possível, um traço que é apontado

⁷⁷ FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 198.

⁷⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da, op. cit., p. 8.

⁷⁹ PAGOTTO, Leopoldo U.C. *O Combate à Corrupção: A Contribuição do Direito Econômico*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, 2010, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

como uma das razões da difundida corrupção no funcionalismo público:

no seu conjunto, o funcionalismo luso-brasileiro estava afundado em grande corrupção: descuidando-se dos deveres e da honra do seu cargo, só cogitava de enriquecer; estes [os portugueses], entretanto, não ligados à colônia nem à sua população por laço algum, nada tinham para tomar em consideração; só tratavam de fazer fortuna, a fim de regressar a terra o mais depressa possível. Rapacidade e corruptibilidade eram no Brasil, por consequência, o vício geral do funcionalismo.⁸⁰

Um ponto importante é que a Coroa estabelecia baixa remuneração aos ofícios públicos e por isso muitos entendiam como natural a complementação, por vias escusas, de seus recebimentos. Por essa razão, a corrupção permeava todos os ofícios públicos, que levou HOLANDA a afirmar que,

no Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar-se, ao longo da nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.⁸¹

No período colonial, os magistrados eram largamente influenciados por suas relações pessoais, tomavam decisões com vistas a obter vantagens econômicas e, muitas vezes, aceitavam pagamentos em troca de suas decisões. Gregório de Matos afirmava que

todos os degraus da burocracia judicial – juízes, letrados, escrivães e tabeliães – pareciam ter sido cortados do mesmo tecido. Mais para cima, os membros do Desembargo do Paço, o guardião da justiça do rei, agiam como orgulhosos vilões com coração de ferro enquanto, na Bahia, os juízes recebiam suborno tanto do acusador como do réu, em processos judiciais tão demorados que a morte e o juízo final chegavam antes da sentença final da corte. A justiça era vendida, injusta e tornada bastarda.⁸²

Já no século XIX, a vedação ao tráfico de escravos por uma lei de 1850 – a “lei para inglês ver”⁸³ – era largamente desrespeitada por traficantes e grandes proprietários de terras,

⁸⁰ HANDELMANN, Heinrich. *História do Brasil*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1982, p. 173.

⁸¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 106.

⁸² Em SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 260.

⁸³ “Lei para inglês ver” é a expressão usada no Brasil e em Portugal para leis ou regras consideradas demagógicas e que não são cumpridas na prática. A origem da expressão tem várias versões, mas deriva possivelmente de uma situação vivenciada no Período Regencial da história brasileira referente ao tráfico de escravos. A partir de 1807, o Reino Unido proibiu o tráfico de escravos em suas colônias, abolindo definitivamente a escravidão em seus territórios a partir de 1833. Daí em diante, começaram uma agressiva campanha pelo fim do escravismo nos demais países, inclusive aproveitando-se de sua supremacia marítima na ocasião. Em 1826, obrigou o Brasil, que havia recentemente adquirido sua independência, mas era economicamente dependente do comércio com os britânicos, a firmar um tratado de abolição do tráfico em três anos, o que não foi efetivamente cumprido. Dessa forma, em 1831, o Governo Regencial (que administrava o país em razão da menoridade do príncipe Dom Pedro II) promulgou a “Lei Feijó”, que declarava livres os

com a condescendência e favorecimento das autoridades do Império brasileiro.

Em fins do século XIX, com a passagem à República, o termo “corrupção” começava a aparecer no vocabulário da vida política brasileira como crítica ao sistema vigente na Monarquia, mas ainda sem o sentido atribuído atualmente. Na República, que se iniciou em 1889, registram-se múltiplas formas de corrupção política, tais como as eleições “bico de pena”, o “voto de cabresto” e o “curral eleitoral”, mas essa corrupção ainda estava vocalizada contra o governo, e não contra qualquer personalidade corruptora, especificamente. Segundo SCHWARCZ e STARLING⁸⁴, a corrupção parecia ser parte integrante da estrutura de governo do país, tanto que, durante a presidência de Juscelino Kubitschek (1956-1961), para realizar seu Plano de Metas, ele teve que criar uma “administração paralela”, cuja intenção era contornar o sistema de clientela – o uso do serviço público para distribuir favores e empregos a quem ajudava o governo a conseguir votos. A “administração paralela” era composta por centros de assessoria, planejamento e execução técnica que recebiam generosas doses de financiamento para implementar rapidamente o Plano de Metas e deixar intocada a administração pública oficial.

A eleição de Jânio Quadros no ano seguinte contou com o combate à corrupção como uma das metas do seu plano de governo (usando uma vassoura como símbolo de marketing). O golpe de Estado de 1964 também se escorou inicialmente na crítica à corrupção, mas logo o regime militar marcou-se por várias acusações de corrupção, com a noção do “rouba, mas faz”, associada ao governador de São Paulo Adhemar de Barros e, posteriormente, a outros governantes militares. Sem controle popular, ausente a democracia, a corrupção encontrava campo aberto diante da opacidade da ditadura.

Após o processo de redemocratização do Brasil em 1988, o primeiro presidente eleito por voto popular, Fernando Collor de Mello, foi destituído do poder em processo de impeachment cujas acusações eram corrupção de seu governo (outro paradoxo de alguém que havia sido eleito com o mote de acabar com a corrupção dos marajás).

No cenário contemporâneo da política brasileira, temos o processo de *impeachment*

africanos desembarcados em portos brasileiros desde aquele ano. Mas o sentimento geral era de que a lei não seria cumprida, fazendo circular pela Corte, inclusive na Câmara dos Deputados, o comentário de que o Regente Feijó fizera uma lei só “para inglês ver”. Conforme: MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: EdUSP, 2004, p. 240.

⁸⁴ SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

da presidente Dilma Rousseff, o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha e a prisão de diversos políticos e personagens das esferas públicas e privadas sob a conhecida “Operação Lava Jato”.

Temos, assim, que o fenômeno da corrupção cruza a história da vida política brasileira. HOLANDA sustenta que o Brasil produziu uma civilização singular, marcada pelo arquétipo do “homem cordial” e seu patrimonialismo, tratando a coisa pública como se particular fosse. HOLANDA traça uma distinção entre o burocrata e o funcionário patrimonial:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com suas capacidades próprias.⁸⁵

Nessa linha, em matéria de ética e corrupção, segundo o autor, contrapõe-se, de um lado, a figura do “homem cordial” brasileiro, sujeito emotivo que se guia por preferências afetivas e pessoais, que prefere os amigos à lei, e de outro o “protestante ascético”, o seu contrário, ser racional e guiado por valores impessoais e comunitários.

Sobre o funcionalismo público, MARTINS JUNIOR⁸⁶ assim discorre:

Muitos investidos nessa condição o empregam como uma fonte inesgotável de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de regalias e mordomias, um modo de obter vantagens ilícitas para si ou para outrem (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo etc.), como um meio para distribuir favores ou prejudicar direitos, exercer o poder de maneira abusiva, em concurso com pessoas físicas e jurídicas de direito privado, motivo pelo qual não é de hoje a preocupação legislativa concreta com o fenômeno da imoralidade administrativa.

Conforme observa Nilo Batista, em prefácio de obra de OLIVEIRA:

Historicamente as agências do poder público, no Brasil, estiveram sempre subordinadas aos interesses das oligarquias dominantes, ainda que, para fins de encobrimento ideológico e de controle social, simulassem uma “neutralidade” e uma “legalidade” constantemente desmentidas. Esse extenso contubérnio entre a classe dominante e o Estado trouxe, entre outras perniciosas consequências, uma representação diferenciada da corrupção por parte de seus atores (como observou Sartre, “em certo nível das classes dominantes interdição legal não vem acompanhada de uma interdição moral”), e um crescimento capitalizado do

⁸⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 253.

⁸⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

fenômeno.⁸⁷

Essas breves linhas históricas são trazidas para contextualizar o presente estudo, pois as características institucionais, políticas e sociais do período do Brasil-colônia, império e república revelam muito sobre as origens e razões da corrupção no Brasil. A falta de respeito e zelo pela coisa pública, a sobreposição de interesses privados e a utilização do cargo público para benefício próprio podem ser observadas até os dias atuais. As múltiplas alterações orientadas pelos princípios constitucionais de 1988, o acesso ao ensino e à educação, a difusão de informações e a existência de uma imprensa livre parecem não ter sido suficientes para gerar uma autêntica mudança cultural no que se refere à corrupção.

Em sua célebre obra de 1851, SAINT-HILARE⁸⁸ registrou a célebre frase “ou o Brasil acaba com a saúva, ou a saúva acaba com o Brasil”, com preocupação voltada ao problema meramente agrícola. Coube a MÁRIO DE ANDRADE⁸⁹, em 1928, utilizar a palavra “saúva”, na sua obra *Macunaíma: O Herói sem Nenhum Caráter*, no sentido metafórico, referindo-se à politicagem eleitoreira e assistencialista que àquela época já vilipendiava o princípio republicano. Pois bem, atualmente podemos dizer que a corrupção e o patrimonialismo dos cargos públicos são a saúva do Brasil. A nota comum entre a saúva e a corrupção é sua persistência ao longo do tempo.

Como bem resume BARROSO:

A corrupção no Brasil tem origens e causas remotas. Aponto sumariamente três. A primeira é o **patrimonialismo**, decorrente da colonização ibérica, marcada pela má separação entre a esfera pública e a esfera privada. Não havia distinção entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino — o rei era sócio dos colonizadores —, e as obrigações privadas e os deveres públicos se sobrepujaram. A segunda causa é a **onipresença do Estado**, que exerce o controle da política e das atividades econômicas, pela exploração direta ou por mecanismos de financiamento a empresas privadas e de concessão de benefícios. A sociedade torna-se dependente do Estado para quase tudo o que é importante, sejam projetos pessoais, sociais ou empresariais. Cria-se uma cultura de paternalismo e compadrio, acima do mérito e da virtude. O Estado e seus representantes vendem favores e cobram lealdades. A terceira causa é a **cultura da desigualdade**. As origens aristocráticas e escravocratas formaram uma sociedade na qual existem superiores e inferiores, os que estão sujeitos à lei e os que se consideram acima dela. A elite dos superiores se protege contra o alcance das leis, circunstância que incentiva condutas erradas.⁹⁰

⁸⁷ OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de Corrupção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁸⁸ SAINT-HILARE, Auguste de. *Voyage Dans les Provinces De Saint-Paul Et De Sainte-Catherine*. Paris: A. Bertrand, 1851.

⁸⁹ ANDRADE, Mário. *Macunaíma: O Herói sem Nenhum Caráter*. São Paulo: Livraria Martins, 1944.

⁹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Prefácio in PINOTTI, Maria Cristina et al. *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. 1ª ed. São Paulo, Ed. Portfolio-Penguin, 2019. Disponível em <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/75063.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

Na cultura brasileira, vimos proliferar o “jeitinho” brasileiro, mecanismo social em que a busca de vantagens individuais parece justificar o desvio ou a flexibilização das normas jurídicas ou sociais⁹¹. O “jeitinho” despontou como “mecanismo social característico e próprio da cultura brasileira por meio do qual a inobservância de regras, leis ou padrões sociais com vistas à resolução imediata de problemas é tida como socialmente aceitável”⁹².

No entanto não devemos assumir uma visão fatalista que busque concluir, a partir da constatação de que a corrupção sempre esteve presente em nossa sociedade, que esse fenômeno faria parte da própria constituição e identidade do brasileiro, não havendo nada a fazer para se mudar a realidade. Por meio da análise histórica, será possível identificar características das organizações institucionais, legislativas e judiciais que se revelaram como fomentadoras de práticas corruptas no passado, e assim vislumbrar alternativas para modificar a realidade presente. O grande desafio consiste, hoje, não apenas em mudar as instituições políticas ou administrativas, mas em algo muito mais difícil e complexo: mudar a cultura cotidiana e endêmica da corrupção.

O sistema brasileiro de combate à corrupção, até recentemente, mantinha uma postura de impunidade e leniência, tanto pela brandura das leis como pela fraqueza de *enforcement* e pouca disposição dos juízes em condenar por tais crimes, considerados não violentos e não muito graves. Esse quadro começou a mudar nos últimos tempos, ainda que lentamente. “A sociedade civil que deixou de aceitar o inaceitável. A reação da cidadania impulsionou mudanças importantes de atitude que alcançaram as instituições, a legislação e a jurisprudência”⁹³. Naturalmente, embora o combate à corrupção tenha avançado muito no Brasil, ainda há grande resistência contra essas mudanças por parte dos membros do pacto oligárquico brasileiro e seus defensores.

2.3 CORRUPÇÃO, ÉTICA CORPORATIVA E GOVERNANÇA

Falamos anteriormente que um dos objetivos fundamentais da Lei Anticorrupção

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

⁹² CASTRO, Leonardo Bellini de. *Impactos Sistêmicos e Transversais na Lei Anticorrupção*. 2018. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

⁹³ BARROSO, Luiz Roberto. Prefácio in PINOTTI, Maria Cristina et al. *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. 1ª ed. São Paulo, Ed. Portfolio-Penguin, 2019. Disponível em <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/75063.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

Brasileira e da responsabilização administrativa da pessoa jurídica é a criação de uma cultura empresarial de ética e integridade. Mas o que exatamente é isso? E como a lei pode contribuir para essa finalidade?

Do ponto de vista mais genérico, corrupção é o ato de transformar algo bom em algo ruim (corromper, apodrecer). Mais restritivamente, a definição mais aceita é “o abuso ou mau-uso do poder ou confiança para interesses pessoais, em vez de interesses para os quais o poder ou confiança foram confiados”. No entanto, no mundo jurídico, temos que os termos podem sofrer mutação semântica em relação ao seu uso comum, quer pela “superveniência de normas jurídicas”, quer pela “alteração da tábua de valores da continuidade”, quer pelo “advento de imprevistas condições técnicas, no plano fático”⁹⁴. Isso ocorre com a palavra corrupção, pois nem sempre o entendimento comum coincide com a definição legal, ou melhor, as definições legais, já que os diversos microsistemas normativos podem enxergar o ato ilícito da corrupção de forma diversa⁹⁵.

O Banco Mundial⁹⁶ a define como “abuso do cargo público para ganho privado”, e a Transparência Internacional⁹⁷ como “abuso do poder confiado a alguém para ganho privado”⁹⁸. GETZ e VOLKEMA definem corrupção como “o uso indevido de cargos ou recursos públicos para benefício privado ou o uso indevido de cargo público para fins não oficiais”⁹⁹.

A corrupção assume várias formas, tais como propina (*bribery*), fraude, roubo, extorsão, nepotismo. A definição legal de “propina” varia de país para país, não é universal, mas na essência requer uma “troca de vantagens”. A corrupção destrói eficiência

⁹⁴ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 210.

⁹⁵ Juridicamente, o caráter plurívoco da palavra “corrupção” apresenta desdobramentos palpáveis. Há alguns tipos criminais que envolvem corrupção, mas fora do espectro político-administrativo: corrupção de menores, corrupção de água potável, corrupção de substância alimentícia e corrupção de substância medicinal são tipos que povoam o Código Penal. Nestes, corrupção se aproxima ou de depravação de hábitos ou de deterioração física. No microsistema de combate à corrupção, a palavra “corrupção” pode encontrar definições legais e tipificações distintas na legislação penal (crimes contra a administração pública), na legislação administrativa (atos lesivos ao patrimônio público e à administração pública) e na legislação político-constitucional (atos lesivos à ordem democrática e aos direitos constitucionais).

⁹⁶ THE WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Disponível em: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁹⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *What is Corruption?* Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption#>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁹⁸ Note-se que a definição do Banco Mundial fica restrita à corrupção de agentes públicos, não incluindo corrupção privada, sendo, portanto, mais restritiva que a definição da Transparência Internacional.

⁹⁹ GETZ, K.A.; VOLKEMA, R.J. Culture, Perceived Corruption and Economics. *Business and Society*, vol. 40, p. 7, 2001.

econômica, distorce mercados, distorce concorrência justa e impede desenvolvimento econômico e social. Ao final, coloca em risco o Estado de Direito (*rule of law*), destrói a confiança nos governos e no ambiente de negócios. A Declaração dos Líderes do G-20 no encontro de Toronto em 2010 traduz claramente a importância da cooperação internacional para a prevenção e combate à corrupção: “concordamos que a corrupção ameaça a integridade dos mercados, inviabiliza a concorrência justa, distorce a alocação de recursos, destrói a confiança pública e fragiliza o estado de Direito”.¹⁰⁰

Os estudos sociológicos apresentam três principais perspectivas para explicar a corrupção: (i) as *explicações personalísticas*, pelas quais a corrupção é vista como fragilidade da natureza humana e por isso seu foco está na investigação psicológica e na racionalização das decisões humanas; (ii) as *explicações institucionais*, pelas quais a corrupção decorre de problemas de administração, de estímulo de líderes corruptos e de gargalos criados por leis e regulamentos que trazem rigidez à burocracia; e (iii) as *explicações sistêmicas*, pelas quais a corrupção emerge da interação do governo com o público, constituindo parte integrante do sistema político. como uma entre as várias formas de influência¹⁰¹.

Na linha de estudo da racionalização humana, a explicação mais plausível sobre os motivos que levam os indivíduos a praticarem atos de corrupção é a teoria do agente econômico racional, que defende que o processo decisório humano pondera a probabilidade de detecção e punição, severidade da pena e o benefício esperado. Na teoria dos agentes racionais de BECKER¹⁰², os agentes racionais buscam maximizar utilidade no processo de tomada de decisão e todo comportamento humano pode ser entendido como avaliação de custos e benefícios (análise dos benefícios pessoais versus probabilidade de detecção e custo estimado da punição).

No entanto a psicologia comportamental (como, os estudos de DAN ARIELY¹⁰³)

¹⁰⁰ G20 Toronto Summit Declaration, 26 e 27 de junho de 2010. No original em inglês: “we agree that corruption threatens the integrity of markets, undermines fair competition, distorts resource allocation, destroys public trust and undermines the rule of law”.

¹⁰¹ JOHNSTON, M. *Political corruption and public policy in America*. Monterey. Brooks/Cole. 1982. JOHNSTON, M. *Right & wrong in American politics: popular conceptions of corruption*. The Journal of Northeastern Political Science Association, 18(3):367-91. 1986.

¹⁰² BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, and The Compensation Of Enforcers. *Journal of legal studies* 3, n. 1, p. 1-18, jan. 1974. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/467507>. Acesso em: 8 jan. 2020.

¹⁰³ ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. Harper Perennial, 2010.

contesta essa teoria e destaca que nem sempre as ações são racionais: desonestidade não seria apenas uma questão de custo-benefício e não estaria somente relacionada à probabilidade de detecção e punição (em outras palavras, pessoas normais não fazem cálculos racionais de custo-benefício quando optam pela desonestidade do cotidiano).

Do ponto de vista prático, estudos¹⁰⁴ alertam que as questões morais e éticas (entre elas os atos de corrupção) não são adequadamente refletidas nas decisões do dia-a-dia. Decisões em retrospectiva, ou hipotéticas, tendem a ser mais acertadas e éticas que as decisões tomadas sem reflexão. Em parte, isso se explica porque em exercícios hipotéticos ou revisões *a posteriori* o dilema moral é claramente apresentado e o agente se coloca “em guarda”. Nas questões do dia-a-dia, as decisões são rápidas e baseadas em intuição (sem racionalização) ou em processos e padrões (ou seja, se minha conduta não viola nenhuma regra ou processo, a decisão está correta independentemente do seu mérito). Por isso, o desafio das empresas é criar indutores de reflexão e racionalização na rotina de tomada de decisão dos seus funcionários (tais como treinamentos, alertas, aprovações internas, reporte), para romper a tendência de decidir por intuição.

De qualquer forma, o agente corrupto passa por um processo de “racionalização” na sua tomada de decisão. No processo decisório, o indivíduo tende a racionalizar (achar uma justificativa) para preservar sua autoimagem. Esse processo de racionalização pode ser consciente e intencional ou pode ser inconsciente. Exemplos de racionalização de atos corruptos são: (i) distanciamento da vítima ou do dinheiro (por exemplo, apropriação de oportunidades de negócio ou uso de bens públicos tendem a ser vistos com mais tolerância que fraudes e desvios de dinheiro); (ii) comparação com outros indivíduos (é muito comum ouvir de empresários: “meus concorrentes fazem”, “se eu não fizer vou falir ou ser passado para trás”); (iii) culpar causas externas (é muito comum ouvir de gestores e funcionários: “só estou cumprindo ordens”, “meu salário é muito baixo”, “faz parte do jogo”); ou (iv) minimizar consequências (“não vai prejudicar ninguém diretamente”). Por meio de entrevistas com denunciados em incidentes de corrupção envolvendo diferentes esferas do poder público entre 2013 e 2016, FREITAS JÚNIOR¹⁰⁵ enumera as justificativas mais

¹⁰⁴ Entre eles, SOLTES, Eugene. Why It’s So Hard to Train Someone to Make an Ethical Decision. *Harvard Business Review*, January 11, 2017.

¹⁰⁵ FREITAS LEITE. Estratégias de racionalização da corrupção nas organizações: uma análise das declarações de acusados em casos de corrupção no Brasil. *Revista de Ciências da Administração*, v. 20, nº 50, abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2018v20n50p8>. Acesso em: 10 jun. 2020.

comuns por eles apresentadas como forma de racionalização de seu envolvimento: negação de responsabilidade, negação de dano, ponderações sociais, negação do ato, metáfora do equilíbrio e postura cínica.

2.4 CORRUPÇÃO E GOVERNANÇA CORPORATIVA

O fenômeno da corrupção corporativa está diretamente relacionado ao nível de governança corporativa de uma entidade. Ao estudar a governança corporativa nas empresas brasileiras, SILVEIRA¹⁰⁶ começa por identificar a existência de um problema de agência. Na economia capitalista, o financiamento para a viabilização de empreendimentos é crucial para o desenvolvimento das empresas. A disponibilidade de capital depende, por sua vez, não apenas da confiança dos investidores em relação ao retorno financeiro, mas também de fatores mais amplos relacionados ao ambiente institucional e níveis de proteção ao investidor. A governança corporativa pode ser vista como o conjunto de mecanismos que visa a aumentar a probabilidade de os fornecedores de recursos garantirem para si o retorno sobre seu investimento. O risco de os recursos dos investidores não serem bem empregados ou desviados decorre fundamentalmente da existência de uma situação de separação entre propriedade e controle, em que as pessoas que fornecem capital não participam diretamente das decisões corporativas. Nas empresas com capital pulverizado, existe a expropriação da riqueza dos acionistas pelos gestores e, nas empresas com capital concentrado, existe a expropriação da riqueza dos acionistas minoritários pelos acionistas controladores. Justamente para limitar esse problema de agência é que surge o debate de governança corporativa.

JENSEN e MECKLING definem um relacionamento de agência como “um contrato no qual uma ou mais pessoas – o principal – engajam outra pessoa – o agente – para desempenhar alguma tarefa em seu favor, envolvendo a delegação de autoridade para a tomada de decisões pelo agente”¹⁰⁷. Se ambas as partes agem tendo em vista a maximização de suas utilidades pessoais, existe uma boa razão para acreditar que o agente não agirá

¹⁰⁶ SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Administração), 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-23012005-200501/pt-br.php>; SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança corporativa, desempenho e valor da empresa no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração), 2002. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002-102056/pt-br.php>.

¹⁰⁷ JENSEN, Michael; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, p. 305-360, October, 1976.

sempre no melhor interesse do principal.

Em poucas palavras, governança corporativa é o conjunto de mecanismos de incentivo e controle que visa a harmonizar a relação entre acionistas e gestores pela redução dos problemas de agência. Esses mecanismos podem ser internos (conselho de administração, sistemas de remuneração, estrutura de propriedade com ações detidas pelos gestores) ou externos (relatórios contábeis, auditorias, supervisão de reguladores, mercado de aquisição hostil). Algumas ferramentas de governança corporativa são: transparência, monitoramento das atividades e arranjos contratuais de alinhamento de interesses.

No cerne das discussões sobre governança corporativa estão questões acerca dos objetivos da empresa e dos interesses que a empresa visa a atender.

A teoria corporativa dos anos 1970 e 1980 argumentava que o único propósito da empresa seria maximizar o valor do acionista. Nessa visão, vários efeitos nocivos foram produzidos, como foco no curto prazo, especulação excessiva e bônus excessivos de gestores (com base na apreciação de ações de forma não-sustentável). Esse tipo de foco no valor do acionista criou uma cultura em que os acionistas e os gestores não tinham senso de responsabilidade, ou “*accountability*”. Atualmente, essa teoria de geração de valor de curto prazo ao acionista está claramente ultrapassada.

Dois teorias acerca da função das empresas se destacam na literatura atualmente: a teoria da maximização da riqueza dos acionistas, que defende que as decisões corporativas sejam tomadas visando sempre a maximizar o valor da empresa, e a teoria de equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*, que defende que as decisões sejam tomadas para equilibrar e satisfazer o interesse de todos os públicos envolvidos com a empresa.

Alinhando-se à primeira teoria, JENSEN afirma que o bem-estar social é maximizado quando cada empresa em uma determinada economia maximiza seu valor de mercado, corroborando a hipótese de que as empresas devem perseguir a maximização da riqueza dos seus acionistas. Nesse sentido, “como é matematicamente impossível maximizar em mais de uma direção, um comportamento com propósito lógico requer uma única função-objetivo, e não múltiplos objetivos conforme apregoado pela teoria dos

stakeholders”.¹⁰⁸

A teoria da maximização da riqueza dos acionistas possui raízes ligadas às teorias de economia e finanças. Conforme BREALEY e MYERS¹⁰⁹, o gestor deve agir no interesse dos proprietários, pois estes são os únicos *stakeholders* residuais, que arcam com o risco final do sucesso ou insucesso da empresa.

Já a teoria de equilíbrio dos interesses dos *stakeholders*, que defende a geração de valor de longo prazo para *todos os stakeholders*¹¹⁰, encontra raízes na sociologia, comportamento organizacional e literatura econômica fundamentada em externalidades e falhas de mercado. Alinhando-se a essa teoria, HODGES sustenta que a empresa deveria ser administrada para gerar valor para ela mesma, e não para o acionista. Valor para o acionista deve ser um resultado, e não um objetivo, e deve levar em conta (i) riscos e benefícios de longo prazo, (ii) interesses dos empregados, (iii) relacionamento com clientes e fornecedores, (iv) impactos ao meio ambiente e (v) condutas éticas. Para serem sustentáveis, as empresas precisam de valores que sejam críveis, consistentes e morais (tais como honestidade, integridade, motivação adequada, independência de pensamento, transparência, respeito pelas ideias dos outros, confiança e coragem para se manifestar). Caberia ao Conselho de Administração articular esses valores (geralmente por meio de códigos ou políticas) e aos executivos promovê-los no dia-a-dia dos negócios. E tais valores devem ser monitorados por terceiros, tanto internamente (Conselhos de Administração e acionistas), quanto externamente (imprensa, autoridades e sociedade em geral).

Dessa forma, o propósito da governança corporativa deveria ser perseguir sucesso a longo prazo da companhia e as ações devem sempre pensar na estratégia em linha com a cultura organizacional e alinhar valores e incentivos. No discurso, existe consenso de que ética e cultura corporativas são importantes, mas na prática as empresas não focam e não

¹⁰⁸ JENSEN, Michael. *A theory of the firm: governance, residual claims, and organizational forms*. 1. ed. Harvard University Press, 2001, p. 11.

¹⁰⁹ BREALEY, R. A.; MYERS, S.C. *Principles of Corporate Finance*. 7. ed. New York: Irwin-McGraw Hill, 2003.

¹¹⁰ Ao alocar seus recursos, a comunidade investidora internacional exige a adoção de fatores ambientais, sociais e de governança (“*environmental, social and governance*”, ou “ESG” no jargão corporativo) e precifica as empresas conforme suas práticas de governança, inclusive compromisso com a ética, integridade e prevenção de atos de corrupção. De acordo com pesquisa do BNP Paribas (BNP PARIBAS. *The ESG Global Survey 2019*. Disponível eletronicamente. Acesso em: 20 fev. 2020), em 2019, 75% dos investidores em renda variável exigiam níveis mínimos de governança corporativa e ESG pelas empresas nas quais investiam, sendo a adoção de programas de integridade e combate à corrupção uma das principais exigências.

investem nisso. Evidência empírica (como Estudo E&Y 2016¹¹¹ em 62 países) indica que mais de um terço dos gestores diz que tenderia a justificar uma conduta antiética em épocas de crise, mais de metade diz que tenderia a justificar uma conduta antiética para atingir metas e uma parte significativa respondeu ter sofrido ou vivenciado retaliação por defender pontos éticos.

Ao estudar formas de moldar comportamentos, a maioria dos autores foca a análise em fatores externos (leis, sistema regulatório e ambiente de negócios). HODGES¹¹² propõe focar em fatores internos, por exemplo, como as organizações se estruturam e definem seus valores e traços culturais. Algumas organizações têm estruturas de organização baseadas na hierarquia vertical e na burocracia, em que o poder de decisão é concentrado no topo. Nessas organizações, a tomada de decisão é centralizada, mas a informação para a tomada de decisão e a consequência das decisões estão em níveis inferiores. É como se uma casta hierárquica, uma oligarquia de poder marcada por esferas de competência e impessoalidade, exercesse pressão de conformidade sobre as castas inferiores e nesse cenário cria-se um círculo vicioso que somente se rompe com episódios de crise. Em organizações com hierarquia horizontal, ou dispersa, o poder de decisão reside com múltiplos grupos locais e isso cria mais dinamismo e inteligência nas decisões. Esse novo formato estaria muito mais sintonizado com a globalização da economia e do mercado de trabalho.

HODGES também explora a ideia de múltiplas culturas convivendo em uma organização e a tarefa da organização de unificar e moldar essas culturas aos seus valores. Critérios classificadores de grupos internos de cultura podem ser: (i) espacial/funcional (geografias e departamentos); (ii) geracional (idade); (iii) profissional/técnico (grupos de *expertise*). Nesse contexto, coloca-se a seguinte pergunta: como agregar esses grupos internos? A resposta estaria na criação e aplicação de valores-base (*core values*) que permeiem todos os subgrupos internos de cultura de uma organização. HODGES propõe cinco formas de alcançar uma cultura de *compliance*: (i) autoritarismo: disciplina interna, sanções, *enforcement* interno, regulamentos e arranjos contratuais; (ii) estruturas de *compliance* e risco (programas, departamentos): *compliance* como sistema de

¹¹¹ ERNST & YOUNG. *Global Fraud Survey*. 2016. Disponível em: <https://www.ey.com/gl/en/services/assurance/fraud-investigation---dispute-services/ey-global-fraud-survey-2016>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹¹² HODGES, Christopher et al. *Ethical Business Practice and Regulation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2017, p. 149-186; HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2015, p. 131-137, 153-157, 503-520.

automonitoramento e de moldagem de condutas internas, que deve ser efetivo e não apenas responder a preocupações de imagem organizacional ou mesmo de natureza legal (por exemplo, mitigadores de penalidades ou mesmo proteção contra responsabilidade criminal); (iii) validadores externos: monitores independentes, agências de risco, certificadores, auditores, rankings, advogados externos e mesmo os reguladores (os “intermediários reputacionais”); (iv) responsabilidade social corporativa: adesão do negócio aos valores da organização, alinhamento com *stakeholders* internos e externos; (v) *whistleblowing*: ferramenta efetiva contra corrupção.

Entre outros autores, PINTO¹¹³, GRIEGER¹¹⁴, MOTWANI¹¹⁵, SIMHA¹¹⁶, HESS¹¹⁷, MARTIN¹¹⁸ e GORSIRA¹¹⁹ correlacionaram ética corporativa e cultura organizacional aos níveis de corrupção.

2.5 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

A noção de integridade (ou *compliance*) remete à autorregulação e autovigilância pelas pessoas jurídicas, por meio de normas de conduta que devem ser por todos acatadas dentro do ambiente corporativo. Conforme FRAZÃO, “compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade”¹²⁰.

¹¹³ PINTO, Jonathan. Corrupt Organizations or Organizations of Corrupt Individuals? Two Types of Organization-Level Corruption. *Academy of Management Review* 33, p. 685-709.

¹¹⁴ GRIEGER, Jürgen. *Corruption in Organizations-Some Outlines for Research*. Working Paper Number 203. Wuppertal: Department of Economics and Social Sciences, University of Wuppertal, 2006.

¹¹⁵ MOTWANI, Jaideep. Ethical Behavior of Indian Purchasing Managers. *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review* 34, 1998, p. 161-68.

¹¹⁶ SIMHA, Aditya; CULLEN John B. Ethical Climates and Their Effects on Organizational Outcomes: Implications from the Past and Prophecies for the Future. *The Academy of Management Perspectives* 26, p. 20-34, 2012.

¹¹⁷ HESS, David. Combating Corruption in International Business: The Big Questions. *Ohio Northern Law Review* 41, p. 679-96, 2005.

¹¹⁸ MARTIN, Kelly D., JOHNSON, Jean; CULLEN, John. Organizational Change, Normative Control Deinstitutionalization, and Corruption. *Business Ethics Quarterly* 19, p. 105-30, 2009.

¹¹⁹ GORSIRA, Madelijne. *Corruption in Organizations: Ethical Climate and Individual Motives*. Disponível em: file:///C:/Users/tip/Downloads/admsci-08-00004-v2.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020. A autora conduziu extensa pesquisa com gestores do setor público e privado e concluíram que as organizações com climas organizacionais menos éticos e mais voltados aos resultados financeiros experimentam índices maiores de corrupção.

¹²⁰ FRAZÃO, Ana. *Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos administrativos*. ROSSETTI, Maristella Abla e PITTA, Andre Gruspun. *Governança Corporativa – Avanços e Retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 42.

A Lei Anticorrupção Brasileira notabilizou-se por criar o marco normativo que permite punir, de forma objetiva, pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados em benefício do interesse próprio.

Na legislação brasileira, o *compliance* é tratado, de forma geral, como prática incentivada por meio da previsão legal de consequências favoráveis (fator de dosimetria da pena)¹²¹, ou em alguns casos específicos como obrigação legal em sentido estrito, como no caso da imposição, por lei federal, de obrigação de empresas estatais adotarem programas de *compliance*¹²².

Dessa forma, seguindo as tendências de mercado e as melhores práticas mundiais, tal lei criou um incentivo (não obrigação) à criação e implementação de programas de integridade (ou *compliance*) dentro das empresas.

No Brasil, como regra geral, não há obrigatoriedade legal de adoção e manutenção de programas de integridade pelas empresas. A Lei Anticorrupção Brasileira não prevê sanções às empresas que deixem de implementar programas de integridade. Nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira, a adoção de programas de integridade não terá o condão de romper o nexo causal ou isentar as pessoas jurídicas de responsabilidade por atos de corrupção ou lesivos à Administração Pública. A existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade será levada “em consideração na aplicação das sanções” (art. 7, inc. VIII, da Lei Anticorrupção Brasileira). Da mesma forma, o Decreto Federal Anticorrupção estabelece que será excluído 1% a 4% do valor total da multa aplicável às pessoas jurídicas, caso estas possuam e apliquem programas de integridade efetivos (art. 18, inc. V). Em outras palavras, segundo o Decreto Federal Anticorrupção, a existência de programas de integridade efetivos é uma questão de dosimetria de pena, apenas.

Embora essas iniciativas de programas de integridade não sejam obrigatórias como regra geral, é notável que estes recebam cada vez mais a atenção da administração e dotação orçamentária, pois representam mecanismos para mitigar riscos e auxiliar no cumprimento do dever de diligência dos administradores. Entre os diversos benefícios dos programas de

¹²¹ Ver, por exemplo, TJSP, 1ª C.R.D.E., AI 2065937-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julg. 23/8/2017: “Embora incontroversa a relevância da Lei nº 12.846/13, a mesma não é impositiva, mas contém, somente, a recomendação de condutas para fins de amenização das sanções penais, civis e administrativas”.

¹²² Lei nº 13.303/2016, arts. 6º e 9º.

compliance, citamos: (i) o fortalecimento da cultura organizacional; (ii) a redução do risco de condutas ilícitas; (iii) o aumento do autoconhecimento e detecção de riscos pela própria empresa; (iv) a possibilidade de remediação interna, com aplicação imediata de ajustes e correções; (v) o fator mitigador da responsabilidade e multa; (vi) a mitigação da exposição de administradores e funcionários da empresa; (vii) a prevenção de gastos futuros, criando vantagem competitiva positiva; (viii) a demonstração de transparência, questão positiva para o mercado.

Assim como no Brasil, em quase todas as jurisdições, os sistemas de integridade não são obrigatórios mas trazem algum benefício legal para as empresas. Nos Estados Unidos, o *U.S. Sentencing Guidelines* do DOJ estabelece que a existência de programas de *compliance* efetivos pode reduzir substancialmente as sanções aplicadas, ou até mesmo excluí-las completamente. De forma similar, o *Principles of Federal Prosecution* do DOJ orienta os promotores norte-americanos no sentido de que a existência prévia de um programa de *compliance* e sua efetividade podem influenciar na decisão de abrir uma investigação, propor uma ação/acusação ou fazer um acordo.

No Reino Unido, o UKBA dispõe que a existência de procedimentos adequados e efetivos pode isentar completamente a responsabilidade da empresa. Na Argentina, a existência de programas de *compliance* efetivos pode reduzir substancialmente o valor da multa e até extingui-la.

No entanto existem exceções ao caráter facultativo dos programas de integridade, uma vez que alguns diplomas legais obrigam empresas, sob circunstâncias especiais, a adotar elementos desses programas, como é o caso de instituições financeiras, companhias abertas, estatais ou sociedades de economia mista.

Instituições Financeiras

O Conselho Monetário Nacional (CMN) publicou, em 30 de agosto de 2017, a Resolução nº 4.595, que dispõe sobre a política de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BACEN). A norma soma-se ao novo arcabouço regulatório estabelecido pelo CMN para gerenciamento de riscos (Resolução nº 4.557/17) e auditoria interna (Resolução nº 4.588/17), que visa a fortalecer e modernizar as estruturas de *compliance* de instituições

financeiras e demais instituições autorizadas. Esse arcabouço regulatório soma-se aos dispositivos da Lei Anticorrupção Brasileira, que se aplica também às instituições financeiras.

Em linha com a proporcionalidade prevista para as regras de gestão de riscos e de auditoria interna contidas nas resoluções mencionadas acima, a Resolução nº 4.595/17 determina que as instituições abrangidas pela norma deverão “implementar e manter política de conformidade compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, a fim de assegurar o efetivo gerenciamento do seu risco de conformidade” (art. 2º).

A resolução estabelece alguns parâmetros mínimos que a política de conformidade deverá definir, como (i) o objetivo e o escopo da função de conformidade, (ii) a divisão clara das responsabilidades das pessoas envolvidas, de forma a evitar possíveis conflitos de interesses (principalmente com as áreas de negócios da instituição), (iii) a alocação de pessoal em quantidade suficiente, adequadamente treinado e com experiência necessária para o cargo, (iv) as medidas necessárias para garantir independência e adequada autoridade aos responsáveis pela função de conformidade, (v) a alocação de recursos financeiros suficientes, (vi) os procedimentos para coordenar as atividades da função de conformidade com as das funções de gerenciamento de risco e da auditoria interna, entre outros.

A política de conformidade deverá ser aprovada pelo Conselho de Administração da instituição e a unidade responsável pela função de conformidade, quando constituída, deverá estar integralmente segregada da atividade de auditoria interna.

Apesar de não mencionar expressamente a Lei Anticorrupção Brasileira, a resolução acabou por tocar em pontos que coincidem com as normas que tratam da prevenção de quebras de integridade de natureza ética nas empresas. Sendo assim, existe sobreposição, ao menos parcial, das novas obrigações com diversos elementos estabelecidos pela legislação anticorrupção, como recomendações para que as empresas adotem um programa de integridade.

A resolução autoriza expressamente as instituições a contratar especialistas para executar atividades relacionadas com a política de conformidade (mantidas integralmente as atribuições e responsabilidades do Conselho de Administração). Isso abre oportunidade

para aliar o cumprimento das obrigações estipuladas na Resolução BACEN nº 4.595/2017 à implementação de elementos de programas de integridade anticorrupção, que, apesar de opcionais, podem trazer benefícios relevantes às instituições (sancionatórios e reputacionais, por exemplo) e a seus administradores (que ficam menos expostos a riscos criminais e civis).

As instituições financeiras sujeitas à Resolução BACEN nº 4.595/2017 foram obrigadas a implementar a política de conformidade até 31 de dezembro de 2017.

Companhias Abertas

As companhias abertas que se enquadrem como emissoras da categoria “A” também estão sujeitas a certo grau de obrigatoriedade. A Instrução nº 480 da CVM replica os ditames de integridade do Código Brasileiro de Governança Corporativa para recomendar a implementação de um código de conduta e de um canal de denúncias, bem como a existência de um comitê de conduta independente e autônomo. É verdade que a Instrução CVM nº 480 não obriga diretamente a implementação de um código de conduta, mas segue o modelo “*comply or explain*”, forçando as emissoras a informar se seguem cada uma das práticas recomendadas e, em caso negativo, se explicarem. Na prática, isso cria um forte incentivo para as empresas adotarem códigos de conduta, para não serem penalizadas pelos investidores de mercado na precificação de suas ações.

Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas que Contratam com a Administração Pública

As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades sujeitas à Lei Federal nº 13.303/2016 (Lei das Empresas Estatais) estão obrigadas a seguir regras de governança corporativa e práticas de *compliance*, principalmente com relação às contratações e ao relacionamento com o público externo. Entre as iniciativas obrigatórias, estão a elaboração e a divulgação de código de conduta e integridade que disponha sobre, por exemplo, canais de denúncias e sanções aplicáveis em caso de violação às regras do código.

Além dessas empresas em situação especial, existe um grupo crescente de corporações que se veem obrigadas a implantar programas de integridade para poderem manter ou celebrar contratos com alguns órgãos da administração pública, razão por que se

observa um número cada vez maior de entidades públicas que exigem a implementação de programas de *compliance* em seus fornecedores.

Exemplos relevantes disso são o Estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, onde a implementação de um programa efetivo de integridade já é prevista em legislação específica como requisito fundamental para a contratação com a administração pública.

A Lei nº 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro e a Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal dispõem sobre a exigência do programa de integridade às empresas que contratam com a administração pública. Para o Rio de Janeiro, a obrigatoriedade se aplica a contratos com valores superiores ao da modalidade de licitação por concorrência¹²³ e, para o Distrito Federal, a contratos com valores iguais ou superiores ao da licitação na modalidade tomada de preço¹²⁴.

Ambas as leis preveem sanções monetárias (entre 0,1% e 0,2% por dia, incidentes sobre o valor do contrato) aplicáveis a empresas que não cumprirem a exigência de aplicação do programa de integridade. Elas também ficam impossibilitadas de contratar com a Administração Pública pelo período de dois anos, para o Distrito Federal, ou até que a situação seja regularizada, para o Rio de Janeiro.

Além disso, o Espírito Santo, por meio da Lei nº 10.793/2017, exigiu que seus fornecedores de bens e prestadores de serviços tenham um código de conduta e integridade destinado à observação de princípios éticos.

Empresas interessadas em contratar com alguns entes e entidades também em âmbito federal passam a ser obrigadas a implementar programas de integridade. Exemplo disso é a Petrobras, que incluiu em seu processo de contratação uma diligência de integridade, segundo a qual os fornecedores precisam demonstrar a existência de um programa de integridade quando da inscrição, renovação ou reclassificação de seus cadastros. Com base nessa e outras informações, a estatal atribui um grau de risco de integridade, que é considerado na seleção de empresas que participam dos seus processos licitatórios.

¹²³ R\$ 1.500.000 para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000 para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico.

¹²⁴ Estimados entre R\$ 80.000 e R\$ 650.000, ainda que na forma de pregão eletrônico.

O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por sua vez, por meio da Portaria nº 877/18, criou a obrigatoriedade de implementação de procedimentos de gestão de riscos, canal de denúncias, código de conduta e políticas de integridade para empresas que celebram contratos com o órgão em valores iguais ou superiores a R\$ 5 milhões.

Conclui-se, assim, que a implementação e a manutenção de um programa de integridade (incluindo código de conduta e canal de denúncia), que até recentemente eram consideradas apenas uma “boa prática” recomendada pela Lei Anticorrupção Brasileira, vêm sendo crescentemente transformadas em obrigação legal (ou condição legal para negócios).

Programas de Integridade – Efetividade

Para que um programa de integridade resulte numa efetiva redução de pena pelas autoridades persecutórias (incluindo CGU e Ministério Público), ele precisa ser considerado efetivo. Ele 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 a garantir sua efetividade.

Para tal finalidade, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros (art. 42 do Decreto Federal Anticorrupção):

- (i) comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- (ii) padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- (iii) padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- (iv) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- (v) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

- (vi) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- (vii) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;
- (viii) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- (ix) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- (x) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- (xi) medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- (xii) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- (xiii) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- (xiv) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- (xv) monitoramento contínuo do programa de integridade, visando a seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos à Administração Pública;
- (xvi) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Na avaliação dos parâmetros de efetividade de um programa de integridade, serão considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica, tais como: (i) a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; (ii) a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; (iii) a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; (iv) o setor do mercado em

que atua; (v) os países em que atua, direta ou indiretamente; (vi) o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; (vii) a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; (viii) o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte (caso em que serão reduzidas certas formalidades).

2.5.1 Programas de integridade em tempos de COVID-19

Neste ano de 2020, testemunhamos uma pandemia de COVID-19, que trouxe uma mudança na dinâmica de toda a esfera corporativa, no relacionamento entre *stakeholders* e nas interações com o governo. Em tempos de crise, mais do que nunca, os sistemas corporativos de integridade precisam funcionar com rapidez e flexibilidade, sem, contudo, perder sua eficácia. As diversas urgências e situações de exceção que as empresas enfrentam criam oportunidades de irregularidades e geram grande pressão para seus administradores, funcionários e parceiros comerciais e nesses momentos as empresas precisam se ater ao máximo aos processos e procedimentos já previamente delimitados.

A COVID-19 demonstra ter o potencial de desestabilizar a rotina das empresas, o que inclui também os programas de integridade, visto que suas consequências afetam as condições de mercado e concorrência, a situação financeira, o dia a dia corporativo e o ambiente normativo, com diversas regras emergenciais e transitórias, como a Medida Provisória nº 926 de 2020, que trouxe a flexibilização de procedimentos licitatórios, o aumento da demanda quanto a doações solidárias feitas por empresas e a previsão de crise econômica a ser enfrentada pelo País e pelo mundo.

Conforme noticiado por *O Estado de São Paulo*¹²⁵ em 30 de março, levantamento feito pelo Centro de Estudos de Mercado de Capitais da FIPE (Cemec-Fipe) com base no balanço de dezembro de 2019 de 245 companhias de capital aberto no Brasil demonstra que cerca de 23% das companhias estudadas deverão ficar com caixa negativo nos primeiros 30 dias sem receita por conta da pandemia. Natural, portanto, que, neste momento de crise, perceba-se mudança no foco empresarial, que passa a ter outras prioridades diante desse cenário. Em meio ao senso de urgência constituído pela COVID-19 em tantas frentes, é

¹²⁵ *O Estado de São Paulo*, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,metade-das-grandes-empresas-tem-caixa-para-suportar-ate-tres-meses-sem-receita,70003252795>. Acesso em: 8 abr. 2020.

possível que o foco em integridade seja negligenciado com a flexibilização dos processos e procedimentos pré-estabelecidos, pondo à prova a eficácia do programa de integridade implementado pela pessoa jurídica.

Não se recomenda, naturalmente, abordar a situação com total inflexibilidade, ignorando a conjuntura extraordinária trazida pela pandemia, mas sim um esforço para que os processos que foram determinados pelo programa de integridade das companhias exatamente para protegê-la não sejam desprezados em um momento de incerteza e alta exposição a risco. Assim, o programa de integridade deve ser visto como um aliado no momento de crise, visto que sua adoção pode não só padronizar comportamentos, o que implica o favorecimento de previsibilidade de ações de funcionários da empresa, como evitar maiores danos decorrentes da situação atípica, que poderia gerar descumprimento da Lei Anticorrupção Brasileira, por exemplo. É importante que se confirme a independência e se atribua orçamento adequado para a área de *compliance* para a conservação da governança interna frente ao cenário desafiador e mutável que a empresa enfrenta.

Diretrizes sobre o relacionamento com a Administração Pública se mostram ainda mais necessárias num ambiente de flexibilização de regras estabelecidas pelo Estado e por isso devem ser reiteradas e adaptadas para continuarem a ter eficácia.

Reuniões, mesmo que virtuais, devem continuar sendo realizadas de forma íntegra e transparente, com a manutenção de agendamento e pautas prévias e participação, como boa prática, de ao menos dois funcionários da empresa.

Registros em atas devem continuar como uma boa prática em momento posterior à reunião com representantes da Administração Pública, mesmo que tenha sido realizada de modo remoto. Ainda, muitas ferramentas disponíveis atualmente, como Microsoft Teams e Zoom, permitem a gravação da reunião, o que pode ser também uma boa prática a ser adotada pela companhia.

O relacionamento com a Administração Pública deve continuar sendo feito por escrito (via e-mails), seguindo as melhores práticas e com a maior clareza possível quanto ao intuito da comunicação. O momento de urgência e a conseqüente necessidade de rápida comunicação podem levar à falta de atenção quanto à comunicação escrita, sendo vital que esta se mantenha uma prioridade na interação com agentes públicos para evitar escrita

dúbia.

Doações – crescentes em um momento de solidariedade – devem ser cuidadosamente registradas e direcionadas diretamente ao beneficiário, sem intermediações de terceiros e com propósito claro e lícito, mantendo e reforçando a conformidade com as políticas internas e a legislação aplicável. As doações não devem ser feitas com exigências ou expectativas de benefícios ou contrapartidas da Administração Pública, sob pena de se desvirtuar a natureza jurídica da doação e se violarem as leis anticorrupção e de contratação pública.

O programa de integridade da empresa deve continuar visível e operante durante o momento de crise, apesar do trabalho remoto e da diminuição de contato direto entre a área de *compliance* e outras áreas da empresa. A divulgação de políticas e procedimentos deve ser feita constantemente, seja por encaminhamento de e-mails ou por envio de mensagens diretas aos funcionários por outros aplicativos. Além disso, como muitas vezes as políticas internas são concentradas na intranet, é recomendável – caso inacessível do ambiente externo da companhia – que seja criada uma pasta para acesso remoto, por exemplo, por meio do compartilhamento e armazenamento em nuvem.

Os ciclos de treinamentos dos programas de integridade não devem ser interrompidos. Pelo contrário, recomenda-se que sejam intensificados para garantir que a equipe seja comunicada e treinada sobre as flexibilizações do programa de *compliance* para enfrentar as situações excepcionais e emergenciais. A tecnologia, nesse sentido, deve ser utilizada em favor do programa, com a adaptação de treinamentos presenciais para a forma remota, com a criação ou adaptação de canais diretos com a área de *compliance* para resolução de dúvidas e com eventuais lembretes sobre regras em maior evidência no momento de crise.

A manutenção do canal de denúncias/comunicação como um canal aberto de comunicação entre empresa e funcionário se mostra essencial para a detecção de comportamentos disruptivos e o canal deve continuar ativo, disponível e sendo gerenciado, se não na mesma intensidade que antes, com o reforço dos trabalhos. Muitas indústrias estão passando por um momento de reforço de contingente, para que não falem alimentos e remédios nos mercados e farmácias do país, o que indica uma rotina de trabalho mais intensa. Situações de stress acabam levando ao uso da ferramenta de comunicação, e a

gestão dessa demanda deve ser feita com atenção para evitar problemas que possam se desdobrar em outras esferas, como a trabalhista.

Com relação às doações para organizações não-governamentais e entidades do terceiro setor que se proponham a combater a pandemia do COVID-19, recomenda-se que o mesmo processo de verificação e validação seja mantido, com mais celeridade se possível, porém com o mesmo nível de cautela e profundidade. Diligências prévias de verificação da regularidade jurídica, situação das certificações, histórico e reputação e checagem de mídia adversa, mais do que nunca, continuam recomendáveis nesse momento de crise.

O melhor meio para evitar possíveis problemas futuros no âmbito de integridade é a manutenção e a atualização de diretrizes comportamentais, dos registros de iniciativas e da promulgação de comunicação interna. É necessário lembrar que no futuro a rotina voltará ao normal (um novo “normal”?) e eventuais más condutas tidas durante a pandemia poderão ter consequências.

A CGU, em suas diretrizes, estabelece que é papel da empresa adaptar seu programa de integridade à sua realidade. Pois bem, na realidade da COVID-19, cabe à empresa garantir que seu programa não seja descontinuado ou negligenciado, mas sim utilizado de forma adequada à realidade atual, demonstrando seu comprometimento com as regras brasileiras de integridade.

3 RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS

A situação é de tamanha indignidade que até pessoas totalmente indignas já estão ficando indignadas. (Millor Fernandes¹²⁶)

Conforme LUCON¹²⁷, a Lei Anticorrupção Brasileira integra um “microssistema legal protetivo da administração pública e combate à corrupção”, que envolve não apenas a repressão penal, mas também instrumentos processuais para obtenção de ressarcimento e imposição de penalidades, como a ação popular e a ação civil pública, e ainda, a Lei de Improbidade Administrativa e outros diplomas esparsos, como a própria Lei de Licitações. A Lei Anticorrupção Brasileira representa mais um ferramental a ser utilizado no enfrentamento da corrupção, sem afastar a aplicação dos demais normativos. Nessa linha dispõem os seguintes artigos da Lei Anticorrupção Brasileira: (i) art. 30, que expressamente menciona que as suas sanções são aplicáveis sem afetar a responsabilização com base na Lei de Improbidade Administrativa e na legislação de contratações públicas; (ii) o art. 3º, que dispõe que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Podemos elencar as hipóteses de responsabilidade jurídica das pessoas jurídicas em dois grandes grupos. Fala-se em *responsabilidade ordinária*, de natureza contratual ou extracontratual, quando estabelecida como regra geral para as pessoas jurídicas no desenvolvimento usual de suas atividades econômicas, nos termos dos seus documentos organizacionais (contrato ou estatuto social). No outro grupo, fala-se em *responsabilidade extraordinária*, aquela decorrente da prática de atos ilícitos que violem o ordenamento jurídico, motivando a sujeição do ente empresarial a uma espécie de responsabilidade que ultrapassa a forma ordinária no curso normal da vida da empresa, mostrando-se, portanto, excepcional ou extraordinária. É nesse último contexto que pode ser enquadrado o sistema de responsabilização das pessoas jurídicas contemplado na Lei Anticorrupção Brasileira.

O sistema brasileiro anticorrupção contempla um sistema de responsabilidade extraordinária estruturado em dois grandes pilares: (i) a responsabilidade subjetiva da

¹²⁶ FERNANDES, Millôr. *Millôr Definitivo, A Bíblia do Caos*. Porto Alegre: Ed. LP&M, 2014.

¹²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947, p. 267-279.

pessoa física e da pessoa jurídica, de natureza civil, criminal e administrativa, fundada principalmente no Código Penal, no Código Civil, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações; (ii) a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, de natureza civil e administrativa, pelos atos lesivos à Administração Pública, fundada na Lei Anticorrupção Brasileira. Além disso, existem hipóteses de responsabilidade derivada, nos casos em que os ilícitos estejam associados aos grupos econômicos, às operações societárias e aos atos de terceiros (como será explorado em detalhes adiante).

Neste capítulo, focaremos nossa análise nos dispositivos da Lei Anticorrupção Brasileira que tratam da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, no âmbito administrativo e civil, pelos atos lesivos à Administração Pública.

3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS

A Lei Anticorrupção Brasileira estabelece nova sistemática de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, em substituição ao tradicional modelo de responsabilidade subjetiva, dispensando, assim, a demonstração de culpa ou dolo da pessoa jurídica ou de seu representante/agente que pratica o ato ilícito.

O Projeto de Lei nº 6.826/2010, que, após trâmite legislativo, converteu-se na Lei Anticorrupção Brasileira, discorreu em seu item 5 acerca da previsão de responsabilidade objetiva:

Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais.

Ainda com relação ao trâmite do processo legislativo, cabe rememorar o veto parcial da Presidente da República à redação aprovada pelo Congresso Nacional. O projeto de lei foi de iniciativa do Executivo Federal e previa como pedra angular a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, tanto judicial quanto administrativamente. A Câmara dos Deputados, porém, inseriu dispositivo que estabelecia como necessária a comprovação de dolo ou culpa no caso de responsabilização judicial. A Presidente vetou a alteração do legislativo nos seguintes termos:

§ 2º Dependerá da comprovação de culpa ou dolo a aplicação das sanções previstas

nos incisos II a IV do *caput* deste artigo.

Razão do veto: Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração da culpabilidade de uma pessoa jurídica.¹²⁸

A responsabilização decorrerá, portanto, da comprovação dos fatos, do nexo de causalidade e do resultado em benefício da pessoa jurídica acusada de corrupção, dispensando a verificação de dolo ou culpa, lembrando-se, por pertinente, a possibilidade de configuração das excludentes de responsabilidade civil¹²⁹.

Sabemos que a responsabilidade objetiva, em uma explicação resumida, é a técnica de imputação jurídica pela qual a consequência de uma conduta (própria ou alheia, a depender da escolha legislativa) é atribuída a uma determinada pessoa sem que haja a necessidade de verificação de culpa do agente, importando apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o evento estabelecido por lei como gerador da consequência. Torna-se, então, importante distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade administrativa para fins do entendimento da nova sistemática de responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção Brasileira. Referida lei deixa bastante claro que os dois tipos de responsabilidade (civil e administrativa) coexistem e são independentes, nos termos dos arts. 2º e 6º, § 3º:

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.

Art. 6º, § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Na seara da responsabilidade civil, o evento gerador será sempre a ocorrência de um dano e a consequência legal será a obrigação de reparação integral do dano, ou seja, “indenizar todo o prejuízo, nada mais que o prejuízo”¹³⁰. Disso decorre que a extensão do dano será o limite da indenização, de forma que a ideia de sanção punitiva é estranha à

¹²⁸ BRASIL. Mensagem nº 314, de 1 de agosto de 2013. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-314.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹²⁹ Entre elas, segundo Silvio de Salvo Venosa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 164

¹³⁰ LAMBERT-FAIVRE, Yvone. *Droit du dommage corporel: système d'indénisation*. Paris: Dalloz, 2000, p. 163, apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

responsabilidade civil extracontratual brasileira, tanto em sua modalidade objetiva como subjetiva. Portanto a obrigação de indenizar os prejuízos prevista no art. 6º, § 3º, da Lei Anticorrupção Brasileira¹³¹ deve se limitar aos danos incorridos pela Administração Pública ou por terceiros prejudicados, descartando-se de pronto a ideia de danos punitivos¹³².

A responsabilidade administrativa, por outro lado, não se encontra vinculada estritamente à ideia de dano. As normas que determinam as sanções pelo descumprimento de condutas relacionadas à administração Pública são influenciadas pelo poder que a autoridade estatal possui de direcionar o comportamento humano ou regular a atividade econômica por meio de sanções normativas indesejáveis, ainda que sem a ocorrência de efetivo dano mensurável, ou baseadas em danos coletivos abstratos ou de impossível quantificação¹³³.

Os arts. 5º e 19 da Lei Anticorrupção Brasileira estabelecem sanções de caráter administrativo que não estão embasadas no efetivo dano sofrido pela Administração Pública em decorrência de um ato lesivo.

Por fim, importante ter em mente que a responsabilidade objetiva por atos de corrupção é uma previsão que atinge tão somente os destinatários referidos no parágrafo único do art. 1º da Lei Anticorrupção Brasileira, isto é, as pessoas jurídicas e alguns entes despersonalizados. Há, portanto, a coexistência de dois distintos regimes jurídicos de responsabilização. O primeiro deles tem como pressuposto a responsabilidade subjetiva e é dirigido às pessoas naturais. Diplomas como o Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações e o Estatuto do Funcionário Público integram estrutura normativa em que há necessidade da comprovação de culpa ou dolo. O segundo regime, ao qual pertence a Lei Anticorrupção Brasileira, é dirigido às pessoas jurídicas, sendo que não prevê o elemento subjetivo para responsabilização.

3.1.1 Constitucionalidade da Responsabilidade Objetiva

¹³¹ “Art. 6º, § 3º – A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.”

¹³² No sentido de não se admitir danos punitivos na sistemática de responsabilidade civil brasileira, ver MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos na Função Punitiva. *Revista da AJURIS*, ano XXXII, nº 100, p. 229-262, dez./2005.

¹³³ Conforme BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *Notas sobre a natureza e o alcance da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública na lei anticorrupção. Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

Até a edição da Lei Anticorrupção Brasileira, em todas as leis vigentes do “microsistema legal protetivo da administração pública e combate à corrupção”¹³⁴, nas esferas penal, cível e administrativa, sempre foi necessário algum grau de culpa ou dolo do acusado para haver a aplicação de qualquer tipo de pena ou responsabilidade. Nesses casos, a responsabilidade sempre fora tratada como subjetiva, perquirindo-se a culpabilidade do agente durante a instrução do processo. Isso porque, por se enquadrarem no sistema de responsabilização emanado a partir do art. 37, *caput*, da Constituição Federal (tutela da moralidade pública), as leis de combate à corrupção devem submeter-se também, por ausência de autorização constitucional diversa, ao regime constitucional comum de responsabilização das pessoas (sejam elas naturais ou jurídicas), no qual a presunção de inocência – e, em razão disso, a perquirição de culpa – é a regra.

No entanto a Lei Anticorrupção Brasileira veio a admitir a adoção de medidas administrativas com maior eficácia, uma vez que prevê que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). Atualmente, a responsabilidade da pessoa jurídica em sede administrativa ou civil independe da responsabilidade individual dos seus dirigentes, administradores, representantes ou agentes que tenham praticado um ato ilícito.

Ao responsabilizar sem dolo ou culpa, a intenção do legislador foi nitidamente criar um incentivo para que as empresas adotem padrões elevados de governança e controles internos, melhorando assim o ambiente de negócios. Se essa intenção é elogiável, por outro lado, despertou críticas, no meio jurídico, sobre a questão da culpabilidade e intranscendência da pena. Essa questão é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em março de 2015 pelo Partido Social Liberal (ADI 5.261), que tramita perante o STF sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio¹³⁵.

¹³⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, v. 947, p 267-279.

¹³⁵ Nesta ação, o autor questiona a constitucionalidade da responsabilidade objetiva imposta pela Lei Anticorrupção Brasileira, afirmando que tal previsão ofenderia os incisos XLV e LIV do art. 5º da Constituição Federal. Segundo o autor, os princípios da intransmissibilidade da pena, da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal impediriam a possibilidade de previsão de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica nos casos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira. A Procuradoria Geral da República manifestou-se em janeiro de 2016 pela constitucionalidade do dispositivo, argumentando que a Lei Anticorrupção Brasileira visa a proteger o patrimônio público e a moralidade administrativa, formaliza compromissos internacionais celebrados pelo Brasil e encontra amparo em diversos princípios constitucionais, como o da probidade administrativa (art. 5º, LXXIII, e art. 37, § 4º), o da moralidade (art. 37, *caput*), os da razoabilidade

Conforme orienta CARVALHOSA (2015)¹³⁶:

esse regime constitui a transposição para o direito penal-administrativo da teoria da imputação objetiva, que representa o instrumento moderno de julgamento e condenação por parte do juiz criminal, não mais fundado na causalidade ‘tipo-dolo’, mas na causalidade ‘conduta-benefício’ procurado ou obtido pela pessoa jurídica corrupta. Supera-se, assim, o tipo subjetivo da prática delitiva, fundado no dolo ou na culpa como elemento causal. Na teoria da imputação objetiva o que caracteriza o delito é a verificação de como deveria a pessoa jurídica ter se comportado diante das circunstâncias concretas de seu relacionamento com o Poder Público em cada caso particular.

Funda-se, portanto, a condenação do delito de corrupção praticado pelas pessoas jurídicas pela “inobservância do cuidado objetivo necessário”¹³⁷, e não mais na causa subjetiva da conduta fundada no dolo ou elemento volitivo. Por isso, explica-se a escolha feita pelo legislador de deslocar a pretensão punitiva do delito de corrupção da esfera penal para a esfera penal-administrativa. Esse deslocamento para a esfera penal-administrativa se justifica, pois na esfera do processo penal não há configuração de responsabilidade delitiva sem o elemento de culpa ou dolo. No entanto esses elementos do ilícito (culpa ou dolo) não se adequam à natureza da pessoa jurídica, em cuja ação está ausente o fator psicológico ou intencional, que é próprio da pessoa natural (lembrando que não podemos imputar à pessoa jurídica o fator psicológico do seu representante legal).

A teoria penal objetiva tem seu fundamento na ideia de que, em razão do risco decorrente da atividade do agente, a reparação do dano deveria prescindir da análise de sua intenção.

Em temas de Direito Civil, a responsabilidade objetiva das empresas por reparação de danos surgiu no contexto do *risco da atividade empresarial*. Conforme BECK, “a produção industrial de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”¹³⁸. GOMES¹³⁹ nos lembra que o primeiro diploma legal que aceitou, entre nós, a teoria da responsabilidade sem culpa foi o Decreto Legislativo nº 2.681, de 07/12/1912, que obrigou as estradas de ferro a indenizarem todos os danos que a exploração de suas linhas

e da proporcionalidade (art. 5º, LIV), o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III) e com o regime republicano (art. 5º, *caput*). A ação encontra-se concluída com o Min. Relator desde julho de 2016.

¹³⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

¹³⁷ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 50.

¹³⁸ BECK, Ulrich, *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 23.

¹³⁹ GOMES, Orlando, *Responsabilidade civil*. Atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115.

causassem aos proprietários marginais.

Disposições similares podem ser encontradas:

- (i) no Decreto nº 24.637, de 10/07/1934, que estabelecia a responsabilidade pelo fato do trabalho (art. 2º);
- (ii) no Decreto-lei nº 483, de 08/06/1938 (Código Brasileiro do Ar) (art. 97), que previa a responsabilidade do proprietário de aeronaves que causassem danos em solo, em razão do risco criado por sua atividade;
- (iii) na Lei Federal nº 6.453, de 17/10/1977 (art. 4º), que dispõe acerca da responsabilidade pela ocorrência de acidentes e danos nucleares;
- (iv) na Lei Federal nº 6.938, de 31/08/1981 (“Política Nacional do Meio Ambiente”), que de modo peremptório previu a responsabilidade, independentemente de culpa, pela ocorrência de danos ao meio ambiente¹⁴⁰;
- (v) na Lei Federal nº 8.078, de 11/09/1990 (“Código de Defesa do Consumidor”), a qual se tornou pedra fundamental do moderno sistema de responsabilização, veiculando responsabilidade objetiva da cadeia produtiva como forma de prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais de natureza individual, coletiva e difusa ao consumidor.

O Código Civil (2002) também veio a encampar expressamente a teoria do risco ao estabelecer a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (como o caso da Lei Anticorrupção Brasileira) ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (art. 927, § único), bem como em matéria de consumo, pelos produtos postos em circulação (art. 931).

A doutrina que fundamenta a responsabilidade objetiva na teoria do risco costuma se basear na teoria do “risco-proveito”, ou seja, aquele que tira proveito ou vantagem do fato gerador do dano tem a obrigação de repará-lo, de maneira que a obtenção do proveito econômico, ainda que em potencial, seria um pressuposto indispensável para a responsabilização. Aquele que auferir um bônus (externalidade positiva) deveria suportar o

¹⁴⁰ In verbis: “Art. 14. [...] § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. [...]”

ônus (externalidade negativa).¹⁴¹ Há também adeptos da teoria do “risco-criado”, que desvincula a necessidade de configuração de um benefício econômico, bastando meramente o desenvolvimento de atividade de risco (portanto mais benéfica à vítima)¹⁴², ou mesmo da teoria do “risco integral”, que afasta o próprio nexo de causalidade da conduta do agente, bastando a ocorrência do evento danoso¹⁴³.

Tem-se, portanto, que a construção da responsabilidade objetiva, em temas de Direito Civil, sempre disse respeito ao dever de recompor o *status quo* anteriormente à ocorrência do dano, ou seja, o ressarcimento do dano seria uma consequência reparatória do patrimônio jurídico alheio.

Por isso, no microssistema de combate à corrupção, é fácil compreender e aceitar a responsabilidade objetiva no que diz respeito ao dever de reparação da Administração Pública em decorrência de danos causados pelas pessoas jurídicas corruptoras. Mas é disso que se trata a Lei Anticorrupção Brasileira? Sabemos que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção Brasileira não alcança apenas o ressarcimento do dano ao erário, mas contempla também hipóteses nitidamente sancionatórias, como a imposição de multa administrativa ou sanção judicial de restrição de direitos, ou mesmo a sanção máxima de dissolução da pessoa jurídica.

Como consequência, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção enfrenta muitas críticas.

A corrente contrária à responsabilidade objetiva invoca o caráter eminentemente penal (retributivo e preventivo) do processo administrativo da Lei Anticorrupção Brasileira.

Reparação, repressão e prevenção correspondem a funções distintas no espectro de responsabilização dos agentes econômicos. Enquanto a primeira (reparação), relacionada ao necessário ressarcimento da vítima, e seu retorno ao *status quo ante*, encontra-se cingida à esfera de responsabilização civil, as duas últimas (repressão e prevenção), enquanto

¹⁴¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, Fascículo 454, 1941. HENKES, Silviana L. Os novos contornos da tutela jurídica na sociedade de risco: dano ambiental futuro e risco do dano. *Revista de Direito Difusos*, ano VIII, vol. 43, 2007.

¹⁴² LOPEZ, Teresa Ancona *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. BATISTA, Adriano Jamal, *Responsabilidade civil: critérios restritivos na interpretação da atividade de risco*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 53.

¹⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

manifestações do *ius puniendi* estatal, dão ensejo à responsabilização penal e administrativa¹⁴⁴.

Em verdade, a responsabilidade administrativa passa a ser um *tertium genus*, entre as teorias da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, pois, independentemente do dever de reparar (sanção ressarcitória), a expiação do agente também se dará mediante a imputação da sanção preventivo-retributiva. Conforme COSTA, “na zona de penumbra existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, passa-se a fortalecer a noção de sanção administrativa não mais apenas como retribuição pelo dano ocasionado, mas como prevenção da potencial prática do ilícito”¹⁴⁵. Por isso, a aplicação da responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção Brasileira, no que diz respeito às multas administrativas e judiciais, precisa necessariamente respeitar os princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, entre eles os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade, do *non bis in idem*, da pessoalidade da pena, da individualização da sanção, da presunção de inocência, da motivação, da ampla defesa, do contraditório, da tipicidade, da legalidade estrita, entre tantos outros.

Sempre é bom lembrar, conforme OSÓRIO¹⁴⁶, que a Lei Anticorrupção Brasileira ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, ou seja, àquele “conjunto de preceitos constitucionais e legais que estabelece limites procedimentais, processuais e substanciais à ação do Estado”, que incide de modo automático e imediato na presença do direito punitivo estatal.

BOTTINI, por exemplo, destaca o “caráter de lei penal encoberta na norma em discussão”¹⁴⁷ (a Lei Anticorrupção Brasileira). Prosseguindo, argumenta que o tipo penal não poderia dispensar o elemento subjetivo, que seria requisito da sanção penal. Em linhas

¹⁴⁴ COSTA, Yahn Rainer Gnecco Marinho. *Delineamentos sobre a Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 144. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta. Acesso em: 16 jul. 2014.

¹⁴⁵ COSTA, Yahn Rainer Gnecco Marinho. *Delineamentos sobre a Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 213. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta. Acesso em: 16 jul. 2014.

¹⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. *Revista Consultor Jurídico*, 20.09.2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 01 fev. 2018.

¹⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A Lei Anticorrupção Como Lei Penal Encoberta*. Consultor Jurídico, jul. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta. Acesso em: 16 jul. 2014.

gerais, essa corrente rejeita a noção de responsabilidade objetiva nas esferas penal e penal-administrativa com base no princípio da presunção de inocência e no princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV e LVII, da CF).

Como se sabe, a Lei Anticorrupção Brasileira estabeleceu duas categorias de penalidades: as penas aplicáveis no âmbito administrativo (art. 6º) e as que somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário (art. 19). Houve uma clara opção do legislador ao permitir a aplicação de penas mais brandas no plano administrativo (multa e publicidade), reservando as penas mais graves e invasivas para o âmbito judicial (perdimento de bens, suspensão ou interdição de atividades, dissolução compulsória, vedação ao recebimento de subsídios e incentivos etc.). Tais sanções transbordam as funções reparatórias apenas, na medida em que a lei determinou que, além das sanções aplicáveis, o beneficiário de vantagem indevida deverá também reparar integralmente o dano. Isso nos permite concluir que as sanções da Lei Anticorrupção Brasileira têm natureza punitiva, com funções retributivas e dissuasórias. Precisamos analisar se nosso sistema jurídico comporta a aplicação à pessoa jurídica de “responsabilidade-sanção”, de forma objetiva, independentemente da perquirição da culpabilidade de seus dirigentes, administradores ou sócios. Haveria violação constitucional desse tipo de responsabilidade-sanção sem relação com dolo ou culpabilidade?

Autores como JUSTEN FILHO¹⁴⁸ repudiam a existência de sanções administrativas decorrentes de mera constatação de evento gravoso, independentemente de se tratar de pessoa física ou jurídica:

[...] não basta a mera verificação da ocorrência objetiva de um evento danoso. É imperioso avaliar a dimensão subjetiva da conduta do agente, subordinando-se a sanção não apenas à existência de elemento reprovável, mas também fixando-se a punição em dimensão compatível (proporcionada) à gravidade da ocorrência.

Segundo COSTÓDIO FILHO¹⁴⁹, “no direito penal é conhecida a noção de intranscendência da pena [...] a pena é uma medida de caráter estreitamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”. E prossegue: “se no âmbito do direito penal é fora de dúvida a plena incidência do princípio da intranscendência das penas, de modo absoluto, sem exceções, a situação é ainda controversa

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁴⁹ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Sanções Administrativas e Sucessão Empresarial: o caso da lei anticorrupção*. São Paulo, 2015, p. 13.

relativamente às sanções administrativas em geral”.

Analisando a responsabilidade administrativa por violações à Lei nº 6.385/76 (Lei do Mercado de Capitais), EIZIRIK¹⁵⁰ afirma ser inadmissível a responsabilidade objetiva na órbita disciplinar, podendo sempre o indiciado provar a ausência de culpa em processo administrativo sancionatório e assim se livrar de penalidades. Segundo o autor, “a aplicação de penalidades, pela CVM, deve pressupor a culpa própria, concreta e individual de cada indiciado, devendo ser exaustivamente analisada a sua participação no ato considerado ilegal”. Nota-se, porém, que o contexto em que EIZIRIK tece sua crítica é diferente, pois trata de pessoas físicas (administradores de companhias abertas) e da Lei do Mercado de Capitais (que não determinou expressamente a responsabilidade objetiva por ilícitos administrativos, como é o caso da Lei Anticorrupção Brasileira). A esse respeito, referimo-nos à obra de ABRÃO, SANTOS, VERÇOSA e SZTAJN, analisando o processo administrativo sancionador no âmbito do Banco Central e da CVM, em função das recentes alterações da Lei nº 13.506, de 2017¹⁵¹.

Ainda em sentido contrário à responsabilização objetiva em processos sancionatórios, JUSTEN FILHO:

Um Estado Democrático de Direito abomina o sancionamento punitivo dissociado da comprovação de culpabilidade. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição da penalidade, ainda quando se possa pretender a objetivação da culpabilidade em determinados casos. [...] As sanções administrativas, como as sanções penais, não podem ser infligidas sem que o comportamento pessoal do autor da infração não tenha revelado uma culpa, intencional ou de negligência.¹⁵²

FERNANDES e NASCIMENTO tecem duras críticas à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas:

A lei nº 12.846/2013 fere direito fundamental sobre a individualização da pena e a responsabilidade objetiva [...] A responsabilidade objetiva é, no sistema pátrio, portanto, exceção que foi erigida contra o Estado em favor dos seus cidadãos. Não pode ser utilizada pelo Estado contra o cidadão.¹⁵³

¹⁵⁰ EIZIRIK, Nelson L. Responsabilidade Civil e Administrativa do Diretor de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nº 56, ano XXIII, p. 59, out./dez. 1984.

¹⁵¹ ABRÃO, Carlos Henrique; SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. *Processo Sancionador: Banco Central e CVM – Lei nº 13.506/2017*. São Paulo: Ed. IASP, 2018.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 618.

¹⁵³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; NASCIMENTO, Mellilo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 55.

SERRANO critica a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e afirma que será sempre imprescindível a aferição de culpa para sua responsabilização. Dessa forma, entende que “é inconstitucional o art. 2º da Lei Anticorrupção ao desrespeitar o princípio constitucional do *due process of law* (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República) e da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição da República)”¹⁵⁴. Para o autor, as sanções referentes à responsabilização na esfera judicial previstas na Lei Anticorrupção Brasileira não têm caráter reparatório, mas de restrição de direitos, o que somente poderia se admitir por meio da aferição de culpa em um Estado Democrático de Direito.

A maior parte da doutrina, porém, admite a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica no Direito Administrativo Sancionador. Para tais autores, a culpabilidade é um elemento genérico e “não há nenhuma exigência constitucional de culpabilidade das pessoas jurídicas, especialmente no Direito Administrativo Sancionador”¹⁵⁵, pois o fundamento dessa responsabilidade objetiva é a proteção de interesses coletivos.

BANDEIRA DE MELLO entende que basta a voluntariedade da conduta para a configuração de um ilícito administrativo sancionável, sem necessidade de perquirir culpa ou dolo. Confira-se:

É muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria a necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, termos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante a figura tal ou qual¹⁵⁶.

Na mesma linha, CARVALHO FILHO, segundo o qual, “diferentemente, porém, dos ilícitos penais, a consumação da infração administrativa não demanda a presença dos graus de culpabilidade exigidos naquela esfera”¹⁵⁷.

OSÓRIO¹⁵⁸ traça uma importante distinção entre a responsabilidade objetiva da pessoa natural (que não seria permitida pelo Direito) e a da pessoa jurídica (que seria

¹⁵⁴ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A Responsabilidade Objetiva da Lei Anticorrupção. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, nº 125, AASP, p. 112, dez. 2014.

¹⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153.

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 848.

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136.

¹⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 153.

perfeitamente aceitável). Referido autor começa por dizer que, “para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja quando se trate de sanções aplicadas por autoridades judiciárias, seja quando se cogite de sanções impostas por autoridades administrativas, necessário que o agente se revele ‘culpável’ [...] Não se tolera responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa, sem os fundamentos e pressupostos da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas a esse respeito”. Porém prossegue ele: “*Culpabilidade é uma exigência inarredável para as pessoas físicas [...] quando se trate de pessoa humana*” (grifo nosso) e a noção de culpabilidade deve adaptar-se à realidade da pessoa jurídica¹⁵⁹. A pessoa jurídica, dotada de personalidade criada pelo Direito, “não possui, naturalmente vontade ou consciência, circunstância que lhe afasta do alcance da culpabilidade, pessoalidade da pena, exigências de dolo ou culpa, e mesmo a individualização da sanção”¹⁶⁰.

E na mesma linha COSTÓDIO FILHO: “o princípio constitucional da intranscendência das penas, do inciso XLV do art. 5º da CF/88, deve ser entendido com o significado da intranscendência de quaisquer sanções aplicáveis pelo Estado aos *indivíduos*, em processo administrativo ou judicial; *mas não deve ser estendido às pessoas jurídicas*” (grifos nossos)¹⁶¹.

Conforme OSÓRIO, “nada impede, todavia, que a lei ou normas contratuais estabeleçam sistemas de responsabilidade fundados na teoria do risco da atividade ou de outros critérios que embasem responsabilidade objetiva, especialmente dentro da liberdade de configuração legislativa”¹⁶².

No entendimento de MELLO, “às pessoas [jurídicas] é estranha a ideia de dolo ou culpa *stricto sensu*, que pressupõe consciência e vontade própria de quem pratica a conduta delituosa. Ao contrário das pessoas físicas, as pessoas jurídicas não constituem um organismo fisiopsíquico, um ser dotado de consciência e vontade própria. Se não têm vontade e consciência próprias, não se aplicam às pessoas jurídicas os conceitos de dolo ou

¹⁵⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1995.

¹⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 343.

¹⁶¹ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Sanções Administrativas e Sucessão Empresarial: o caso da lei anticorrupção*. São Paulo, 2015, p. 41.

¹⁶² OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 346.

culpa”¹⁶³.

PORTELA propõe uma outra perspectiva de análise: “Não se apura diretamente, assim, se houve culpa ou dolo por parte da pessoa jurídica. O relevante é apurar, apenas, se a mesma foi beneficiada”¹⁶⁴. Em outras palavras, a lei teria trazido uma modalidade diversa de responsabilidade objetiva, ao exigir, além dos requisitos tradicionais, a comprovação cumulativa de que o ato tipificado tenha sido praticado no interesse ou em benefício, direto ou não, da pessoa jurídica¹⁶⁵. Dessa forma, o requisito de culpabilidade no procedimento administrativo sancionador contra pessoas jurídicas estaria atenuado e estaria satisfeito com o ato reprovável de receber recursos indevidos. Isso não impede, por outro lado, que a pessoa jurídica investigada demonstre que não tinha como impedir o ato ilícito e dele não se beneficiou. MOREIRA NETO¹⁶⁶ cita o exemplo do caso de corrupção praticado por um funcionário exclusivamente em seu benefício, ou fora do exercício de suas funções laborais, hipótese em que não haveria responsabilização da pessoa jurídica.

Complementando com CARVALHOSA:

Em suma, dispõe a presente lei [Lei Anticorrupção Brasileira] que as pessoas jurídicas devem ser responsabilizadas administrativamente de forma objetiva pela prática de atos de corrupção, estabelecendo tipos objetivos relacionados com a conduta, tornando, portanto, dispensável, por impossível, a análise da vontade do sujeito ativo – a pessoa jurídica – para a aplicação da punição penal-administrativa. E tanto na esfera da punição penal-administrativa, como na sequente responsabilização judicial, a presente lei consagra o critério objetivo de julgamento.¹⁶⁷

RIBEIRO defende que “há na Constituição Federal sólidos fundamentos jurídicos a sustentar a possibilidade e adequação da responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, especialmente quando em consideração que tal mecanismo é inaugurado por meio de lei formal”¹⁶⁸. Ele defende a existência de fundamentos constitucionais aptos a balizar a

¹⁶³ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 208.

¹⁶⁴ PORTELA, Felipe Mêmolo. *O Processo Administrativo de Responsabilização e sua Adequação aos Princípios do Direito Administrativo Sancionador. 48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

¹⁶⁵ LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade Solidária por Atos de Corrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 313, set. 2014.

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A Juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexos e Interpretações Prospectivas. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, nº 156, p. 9, fev. 2014.

¹⁶⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

¹⁶⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 47.

responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por atos lesivos contra a Administração Pública, citando o princípio da função social da empresa e o princípio da moralidade administrativa. Segundo o autor, com a responsabilidade objetiva corporativa almeja-se a instituição de um novo paradigma de atuação dos entes empresariais, exigindo-se deles uma atuação proativa no combate à corrupção.

E da mesma forma PIMENTEL FILHO: “a responsabilidade objetiva, neste caso, direcionada exclusivamente em face de pessoas jurídicas, é trazida por meio de lei formal, que tem como escopo tutelar a contento direito de repercussão social gravíssima, o direito à probidade nos negócios do estado e entre particulares e esse”.¹⁶⁹

OSÓRIO sustenta que as limitações da Carta de 1988, quanto à responsabilização objetiva, referem-se primordialmente às pessoas físicas ou naturais e que, no caso das pessoas jurídicas, a culpabilidade remete não à culpa no fato em si, mas à possibilidade de evitar o ilícito e deveres de cuidado:

No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance [...] Cremos, em regra, é exigível que o comportamento da pessoa jurídica seja valorado pelo direito e pelos intérpretes. Parece-nos razoável supor que um ato, ainda que praticado por pessoa jurídica, submeta-se a pautas valorativas [...] Pode-se sinalizar que a *culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentem encadeados na relação causal*. É por aí que passa a culpabilidade.¹⁷⁰ (grifos nossos)

No entender de BOTTINI e TAMASAUSKAS, “os dispositivos constitucionais que limitariam a responsabilização objetiva estão associados à pessoa natural, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República (art. 1º, III); ao prever a individualização de penas, pressupondo a culpabilidade como um dos critérios na sua fixação (art. 5º, XLVI); ao garantir ao preso o direito de permanecer calado, impondo ao Estado o ônus de provar a tese acusatória (art. 5º, LXIII)”¹⁷¹. Para eles, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica seria admitida com base nos princípios regentes da atividade econômica previstos no Título VII, Capítulo I, da CF, entre os quais a função social da

¹⁶⁹ PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos arts. 1º a 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 345.

¹⁷⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

¹⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947/2014, p. 133, set. 2014.

propriedade e da empresa: “para sustentar a responsabilidade objetiva, na forma como definido pela nova legislação, há que se socorrer desses conceitos de função social da atividade empresarial”.

Se a culpabilidade da pessoa jurídica não remete à culpa pelo fato em si, mas à sua evitabilidade e deveres de cuidado, importa analisar qual o grau de diligência exigido da empresa, no sentido de se evitar a prática dos ilícitos contra o Estado. Como protestam BOTTINI e TAMASAUSKAS, “parece-nos impensável a que alguém possa vir a ser punido indiscriminadamente por atos que lhe sejam imputados, sem que seja claramente demonstrada a existência do liame entre o dano causado e a conduta questionada, além de um grau mínimo de reprovabilidade em sua conduta ou decorrente de debilidade na organização da estrutura empresarial”¹⁷².

Por exemplo, uma entidade empresarial que disponha de sistema interno de integridade (*compliance*), organizado de forma eficaz e seguindo as melhores práticas possíveis, ainda assim estará sujeita a um ato ilícito de qualquer funcionário descuidado ou mal intencionado? Essa exceção ao controle, por mais efetivo e competente que seja, é plenamente plausível de ocorrer. Será que ainda assim, sem o conhecimento da alta direção da companhia, de forma completamente isolada – ou mesmo decorrente de espírito emulativo –, a punição seria justa? Para BOTTINI e TAMASAUSKAS, essa hipótese punitiva seria contrária ao Direito, por estarmos na seara da responsabilidade-sanção, e não da responsabilidade-ressarcimento. Para eles, a responsabilidade objetiva deveria ser aceita apenas para ressarcimento dos danos comprovados, sendo certo que, para o estabelecimento de punição administrativa ou judicial, seria necessária a “averiguação de algum desvalor no comportamento ou na estrutura da empresa”.¹⁷³

Então, o que se poderia compreender da Lei Anticorrupção Brasileira é que a existência e o funcionamento efetivo de sistemas de integridade empresarial são a chave para entender aquilo que o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira denominou como “responsabilidade objetiva”. O que se poderia chamar de culpabilidade da pessoa jurídica,

¹⁷² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947/2014, set. 2014, p. 133.

¹⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, São Paulo, p. 133, set. 2014.

a ensejar a movimentação da máquina punitiva, seria a má-organização de seus mecanismos de integridade ou seu envolvimento direto e deliberado no ato ilícito. Confira-se:

A organização deve possuir *standards* de comportamento e de estruturas, inclusive após a constatação do ilícito, que permitam concluir que o ato lesivo decorreu de um ato individual e isolado de determinado colaborador [...] assim, resta passível de punição ou a empresa que deliberadamente envolveu-se no ato ilícito ou aquela em que seus controles são tênues, campo fértil para o desenvolvimento de práticas contrárias à ética. Fora dessas hipóteses, repita-se, entendemos inviável punição, a responsabilidade-sanção.¹⁷⁴

Em que pese esse “ruído doutrinário” brasileiro, sob a égide da política internacional de combate à corrupção, as mais modernas leis no direito comparado (e mais recentemente a Lei Anticorrupção Brasileira) já contemplam a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção. A título de exemplos, citamos o FCPA de 1977 dos Estados Unidos, o UKBA de 2010 do Reino Unido, a Lei Chilena nº 20.393 de 2009, a Lei Orgânica Espanhola nº 5 de 2010, a Lei Colombiana nº 1.778 de 2016, a Lei Peruana nº 30.424 de 2016, a Lei Francesa nº 1691 de 2017, as Leis Integrantes do Sistema Nacional Mexicano Anticorrupção de 2016 e a Lei Argentina nº 27.401 de 2017, bem como, no Direito Internacional, a Convenção Contra o Suborno da OCDE.

De toda forma, a imputação de responsabilidade objetiva não significa a imputação automática ou arbitrária de sanção administrativa a uma pessoa jurídica. Alguns elementos deverão ser verificados para que a Administração Pública possa responsabilizar o ente jurídico.

Nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas “pelos atos lesivos previstos nesta Lei *praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não*” (art. 2º, nosso grifo). Conforme DEMATTE, somente haverá responsabilização por atos lesivos que tenham gerado algum benefício ou satisfeito algum interesse para a pessoa jurídica, seja de forma exclusiva para a infratora, ou de forma compartilhada entre a infratora e outros interessados. A promoção de um benefício ou a satisfação de um interesse (efetiva ou potencialmente) constituem condições para a responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção Brasileira. Caberá à Administração Pública demonstrar o nexos causal de que o ato lesivo teria sido praticado no interesse ou

¹⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947/2014, p. 130, set. 2014.

benefício (direto ou indireto) da pessoa jurídica, ainda que não tenha sido alcançado. Por conseguinte, a pessoa jurídica poderá se desvencilhar da sanção administrativa se provar, de maneira inequívoca, a inocorrência do ato lesivo, ou que este não foi praticado em seu benefício ou interesse (que servirá de excludente do nexo causal)¹⁷⁵.

Conforme COSTA, analisando a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção Brasileira:

acaso a violação cometida seja realizada, exclusivamente, em prol de interesses alheios à pessoa jurídica, ou seja, de seus dirigentes, prepostos ou representantes, essa deixa de ser o agente do tipo penal e passa a ser meio utilizado para a realização da conduta criminosa; esvai-se, portanto, da esfera de responsabilização da pessoa jurídica.¹⁷⁶

No mesmo sentido, HEINEN aponta que, adicionalmente à prova da conduta, do nexo de causalidade e do resultado, o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece requisitos materiais adicionais para sujeitá-la à pessoa jurídica, quais sejam, “(a) prática de ato lesivo; (b) praticado em seu interesse ou benefício exclusivo ou não”¹⁷⁷. Por “interesse”, entende-se a perspectiva objetiva, *ex ante factum*, de que o ente coletivo pode obter vantagens, em tese, com o ato ilícito: “toda vez que um terceiro observador imparcial, ciente do ato ilícito a ser realizado, puder antever possibilidade de vantagem para a pessoa jurídica, dá-se o respectivo interesse”¹⁷⁸. Frise-se, o requisito de “interesse” independe de apuração subjetiva por parte dos seres humanos envolvidos no ato de corrupção, sendo, portanto, um critério objetivo.

3.1.2 Responsabilidade Objetiva e Imputação nas Organizações Empresariais

Vimos anteriormente que não existe responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira. O novo sistema funda-se na responsabilidade objetiva, na esfera civil e administrativa, pois a tarefa de imputar responsabilidade penal às pessoas jurídicas por atos praticados por administradores, dirigentes, empregados e agentes sempre foi bastante espinhosa. Quais seriam os critérios de imputação penal no âmbito das

¹⁷⁵ Conforme RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas á luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 53.

¹⁷⁶ COSTA, Yahn Rainer Gnecco Marinho. *Delineamentos sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 148. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta. Acesso em: 16 jul. 2014.

¹⁷⁷ HEINEN, Juliano. *Comentários à lei anticorrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 77.

¹⁷⁸ GUARAGNI, Fábio André. Disposições gerais: comentários aos artigos 1º a 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Lei anticorrupção*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 47.

organizações empresariais? O empresário seria o responsável pelos crimes cometidos no âmbito e em benefício da empresa por ele comandada? Ou seriam os administradores para quem o empresário delega a gestão da empresa? Ou seriam os empregados e colaboradores da empresa nas suas respectivas competências funcionais, ainda que desprovidos de poderes legais estatutários?

Há uma enorme dificuldade para concretizar a imputação dos atos praticados pelos indivíduos à pessoa jurídica, pois muitas vezes há um distanciamento entre a detenção da informação, o poder de decisão e o proveito dos resultados econômicos das decisões corporativas. As regras tradicionais de imputação penal mostram-se insuficientes para resolver os problemas que surgem no contexto de uma economia globalizada, de sociedade de risco. A partir de certo grau de sofisticação, não é mais possível encontrar uma pessoa determinada sobre a qual recaiam ao mesmo tempo a detenção da informação e o poder de decisão. Por esse motivo, a imputação penal das pessoas jurídicas deve necessariamente passar pelo prévio conhecimento da conformação societária da organização: estrutura hierárquica, divisão de tarefas, procedimentos internos de conduta e poder decisório.

A teoria da imputação objetiva, desenvolvida originariamente no Direito Civil por Karl Larenz e posteriormente transportada para o Direito Penal por Richard Honig¹⁷⁹, teve o patente mérito de reconhecer a insuficiência do processo causal subjetivo como fator para a imputação penal e redimensionar o tipo penal, colocando o elemento volitivo e a finalidade do agente em segundo patamar¹⁸⁰. Conforme SALVADOR NETO:

a verificação da culpabilidade, neste modelo, far-se-á como juízo de reprovação lastreado em considerações normativas, recaindo sobre o ente coletivo, sem prejuízo da responsabilidade individual das pessoas físicas identificáveis e culpáveis.¹⁸¹

Assim, é necessário definir um critério normativo de culpabilidade das pessoas jurídicas, que pode ser a falha organizacional em desenvolver sistemas para prevenir os ilícitos (culpabilidade por defeito de organização), o risco criado pela empresa no exercício de sua atividade (culpabilidade pelo risco criado) ou mesmo a vantagem econômica obtida

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática na imputação em direito penal. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscherad. 3. ed. Liboa: Veja, 2004, p. 145.

¹⁸⁰ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007, p. 9.

¹⁸¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Comentários à Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998*, p. 93.

pela empresa com determinada prática delituosa (culpabilidade pelo risco proveito).

No primeiro caso, de culpabilidade por defeito de organização, a responsabilização pelo ilícito ocorrerá quando a empresa “não tiver adotado todas as medidas organizativas razoáveis e indispensáveis para impedir este ou aquele delito”¹⁸². É importante aferir se a empresa implementou, de fato, medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de sua atividade, pois isso influenciará na sua responsabilização e poderá, inclusive, conduzir à sua absolvição ou mesmo mitigação da pena a lhe ser imposta¹⁸³.

Nos demais casos (risco criado e risco proveito), parte-se da ideia de que, na sociedade contemporânea, os riscos são generalizados e é preciso conviver com eles. Logo, é necessário fazer uma ponderação de riscos toleráveis e benefícios para a sociedade para se definir a ilegalidade da conduta. Segundo a teoria da imputação objetiva, nenhuma sanção pode ser imputada a um indivíduo que tenha agido dentro dos riscos “permitidos” ou “aceitáveis”¹⁸⁴, que são fatores excludentes da reponsabilidade penal. Os riscos permitidos se apresentam de duas formas: risco admitido por ponderação (benefícios excedem os possíveis prejuízos) e risco admitido por legitimação histórica (risco socialmente tolerado em função da evolução histórico-cultural).

No caso da Lei Anticorrupção Brasileira, é possível observar que o legislador *não* buscou a responsabilização penal das pessoas jurídicas, uma vez que os permissivos previstos nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da Constituição Federal fazem referência à possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, mas não mencionam os crimes contra a administração pública. Dessa forma, o legislador acabou se escorando no modelo de direito administrativo sancionador, no qual se cominam sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas, para evitar discussões a respeito da constitucionalidade da norma. Trata-se, porém, de imprecisão legislativa, desajustada ao conceito de imputação por culpabilidade normativa. Não se resolveu o problema com isso.

¹⁸² MARINUCCI, Giorgio. *La reponsabilidad penal de las personas jurídicas. Um bosquejo histórico-dogmático*, p. 1194-1197.

¹⁸³ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

¹⁸⁴ ROXIN, Claus. *Teoria da imputação objetiva*. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 110.

Em outras palavras:

a Lei nº 12.846/2013 relega quase à irrelevância jurídica todos os esforços empreendidos pelas empresas no sentido de estruturar e implementar de fato boas práticas de governança corporativa e programas de *compliance*, na medida em que iguala na mesma vala comum da responsabilidade objetiva das empresas efetivamente comprometidas com políticas de prevenção de riscos e delitos a empresas descomprometidas com esses objetivos [...] trata-se de verdadeiro contrassenso entre aquilo que se imagina quisesse o legislador alcançar e os efeitos que de fato podem decorrer da aplicação do texto legal aprovado.¹⁸⁵

Os modelos de culpabilidade por defeito de organização e por risco proveito têm como vantagem não apenas criar um sistema seguro de aferição de culpabilidade corporativa e um incentivo para adoção de boas práticas de *compliance*, mas também representa um verdadeiro sistema de garantia para que as empresas possam romper a responsabilidade por atos ilícitos em determinadas circunstâncias em que não existe culpabilidade.

Utilizando a experiência da responsabilização objetiva da pessoa jurídica no Direito Privado, FRAZÃO entende que a responsabilidade objetiva do direito administrativo sancionador (em especial, o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira) apenas pode ser referir a um “juízo de imputação automática que tem como pressuposto o ato culposo do presentante ou representante da pessoa jurídica” (grifo nosso)¹⁸⁶.

Basicamente, há dois grandes entendimentos acerca da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica: ou se pune a pessoa jurídica por ato próprio, ou se pune a pessoa jurídica por ato de terceiros (administradores e representantes)¹⁸⁷.

De um lado, sustenta-se que a responsabilidade da pessoa jurídica deriva de *ato próprio*, isto é, que não decorra da sua vinculação a ato praticado por seu administrador ou representante, mas que traduza fato efetivamente imputável a um problema operacional interno da pessoa jurídica. Assim, o fundamento para a punição não seria a vinculação aos atos dos seus administradores ou representantes, mas sim a constatação de uma *falha*

¹⁸⁵ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 169.

¹⁸⁶ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36.

¹⁸⁷ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

organizacional que houvesse tornado possível a prática do ato ilícito pela pessoa natural. Conforme FRAZÃO, “busca-se criar um sistema específico de culpabilidade da pessoa jurídica, no qual existiria a responsabilidade por fato próprio, em razão de vício organizativo consistente na ausência de prevenção do ato ilícito”¹⁸⁸. A culpabilidade da pessoa jurídica seria vista sob uma perspectiva funcional-sistemática. Essa linha de entendimento pugna pela impossibilidade de imposição de penalidade ao ente coletivo sem a demonstração de sua própria culpabilidade, de falha de prevenção. Tal como entendem as legislações penais da Suíça¹⁸⁹ e da Austrália¹⁹⁰, pune-se a pessoa jurídica porque se entende que a lesão a terceiros decorreu da ausência de organização correta dos seus processos de produção.

Para esse entendimento, poder-se-ia argumentar que um sistema robusto de *compliance* poderia até mesmo isentar a responsabilidade da pessoa jurídica, na medida em que não teria havido vício organizativo ou negligência na prevenção do ato ilícito. Conforme FRAZÃO: “a existência de um bom programa de compliance pode afastar o defeito de organização e, conseqüentemente, a responsabilidade da pessoa jurídica [...] se não há defeito de organização, responderá na esfera punitiva somente a pessoa natural, sem prejuízo que a pessoa jurídica responda, de forma objetiva e solidária, pelo ressarcimento de eventuais danos no âmbito da responsabilidade civil”¹⁹¹.

No sistema de responsabilidade por ato próprio com base em falha organizacional, haveria um duplo juízo para efeitos punitivos: (i) as pessoas naturais que agem em nome da pessoa jurídica respondem pelos atos jurídicos por eles praticados (responsabilidade subjetiva por dolo ou culpa) e (ii) as pessoas jurídicas respondem pelo ilícito organizacional por não terem criado uma organização idônea para prevenir e remediar ilícitos, independentemente de culpa.

¹⁸⁸ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36.

¹⁸⁹ O art. 102 do Código Penal suíço dispõe que “um crime ou delito cometido no âmbito de uma empresa no exercício de atividades comerciais conformes a seus propósitos é imputado à empresa se não puder ser imputado a nenhuma pessoa física determinada em razão do defeito de organização da empresa” (tradução livre).

¹⁹⁰ Código Penal australiano, Part 2.5, Division 12, 12.3(2).

¹⁹¹ FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos administrativos. In: ROSSETTI, Maristella Abla; PITTA, Andre Gruspun. *Governança corporativa – avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 29.

Nesse sistema, conforme FRAZÃO¹⁹², se não há defeito na organização, responderá na esfera punitiva somente a pessoa natural, sem prejuízo de que a pessoa jurídica responda, de forma objetiva e solidária, pelo ressarcimento de eventuais danos no âmbito da responsabilidade civil¹⁹³.

De outro lado, sustenta-se a responsabilização automática da pessoa jurídica *por ato de seus administradores ou representantes*, agindo no interesse ou benefício da pessoa jurídica. Essa orientação corresponde ao sistema de responsabilidade anglo-saxão denominado de “*vicarious liability*”, ou responsabilidade vicariante, que entende que as pessoas jurídicas manifestam sua vontade e atuam por meio de representantes pessoas naturais, de modo que as ações e omissões destes podem justificar a responsabilidade daquelas, sem prejuízo da responsabilidade pessoal dos representantes. O ato ilícito do representante ou representante (pessoa natural) seria automaticamente imputado à pessoa jurídica, desde que a ação da pessoa natural tenha sido em nome da pessoa jurídica com o fim de beneficiá-la. Para esse entendimento, um bom sistema de *compliance* e integridade nunca afastaria a responsabilidade da pessoa jurídica, no máximo poderia servir de atenuante da dosimetria da pena. Esse sistema vigora na Itália¹⁹⁴, Austrália¹⁹⁵ e Espanha¹⁹⁶, por exemplo.

Tendo em vista os dois cenários possíveis, pode-se argumentar que o legislador brasileiro teria adotado, na Lei Anticorrupção Brasileira, a tese da *responsabilização por fato de terceiro*, de maneira que o sistema de *compliance* não teria o condão de afastar a responsabilidade da pessoa jurídica, mas apenas serviria como possível atenuante da penalidade. De acordo com o art. 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção Brasileira, a existência de procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta são critérios para a aplicação e atenuação de sanções. Significa dizer que, assim como nos Estados Unidos da

¹⁹² FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos administrativos. In: ROSSETTI, Maristella Abla e PITTA, Andre Gruspun. *Governança corporativa – avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 29.

¹⁹³ Inclusive por meio da teoria da responsabilidade civil preventiva fundada no princípio da evitabilidade, conforme explorado por FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

¹⁹⁴ Art. 6º do Decreto Legislativo nº 231, de 8/6/2001, que prevê que a pessoa jurídica é responsável pelos crimes cometidos no seu interesse ou em sua vantagem.

¹⁹⁵ Part 2.5, Division 12, 12.1, do Criminal Code.

¹⁹⁶ Código Penal, art. 31 *bis*: as pessoas jurídicas são penalmente responsáveis pelos delitos cometidos em seu nome ou por sua conta e em benefício direto ou indireto.

América¹⁹⁷, a instituição de um programa efetivo de *compliance* pode servir de atenuante na fixação da pena, mas não de isenção de responsabilidade, de acordo com a redação do Decreto Federal Anticorrupção¹⁹⁸.

Esse posicionamento não está livre de críticas, pois, de acordo com a teoria do defeito da organização (discutida acima), se a empresa toma todas as providências que estariam ao seu alcance para evitar o ilícito, se é capaz de identificá-lo prontamente e ainda toma as medidas necessárias para restaurar imediatamente a legalidade, não deveria ser responsabilizada do ponto de vista punitivo¹⁹⁹.

Nesse sentido, FRAZÃO argumenta que, mesmo no sistema brasileiro de responsabilidade vicariante por ato de terceiros, não poderá haver a punição sem algum grau de reprovabilidade. Segundo a autora, “os fundamentos normalmente utilizados para a responsabilização objetiva (risco, proveito, garantia, equidade, perigo etc.) podem ser adequados para a reparação civil, mas são manifestamente inidôneos para a imposição de uma sanção, que apenas se justifica diante de um ato contrário ao Direito [...] a reprovabilidade da conduta deve ser a medida da sanção”.²⁰⁰

Nesse sentido, MARTIN cita importante decisão do Tribunal Supremo da Espanha que reconhece a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa na constituição espanhola:

El principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad

¹⁹⁷ O U.S. *Sentencing Guidelines* (C2.5) estabelece que as empresas que dispuserem de um programa efetivo de *compliance* e ética (*effective compliance and ethics program*) terão uma diminuição da multa.

¹⁹⁸ Vale notar que alguns autores têm entendimento diverso, como será exposto a seguir, argumentando que adoção de sistemas efetivos de integridade pode, sim, em determinadas circunstâncias, romper o nexo de causalidade e isentar a pessoa jurídica de responsabilidade por multas administrativas, por eliminar o requisito de culpabilidade corporativa necessária ao Direito Administrativo Sancionador. Compartilhamos desse entendimento. Ver OSÓRIO, Fabio Medina. *Compliance anticorrupção: aspectos gerais*, p. 340; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁹⁹ Conforme FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata. *Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento*. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 142.

²⁰⁰ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45-46.

objetiva *sin culpa*.²⁰¹

E no Brasil, como vimos acima, há farta doutrina sustentando que a culpabilidade é condição *sine qua non* para imposição de qualquer sanção, mesmo na seara administrativa. Vale notar que a culpa tem sido vista na atualidade não mais como um fato exclusivamente psicológico, mas sim como um arquétipo objetivo, um padrão de comportamento esperado, em que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente nas suas relações sociais. Conforme SCHREIBER²⁰², a culpa passou a ser entendida como o erro de conduta, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma comparação objetiva ao modelo geral de comportamento.

Consequentemente, “o juízo sobre a culpa passou a envolver a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência. Com esta nova noção de culpa, evita-se o subjetivismo e facilita-se a comprovação da reprovabilidade da conduta, mas não se afasta do fundamento essencial que justifica a aplicação da sanção pelo estado: a ilicitude ou a reprovabilidade de determinado comportamento”.²⁰³

Sobre a necessidade de se comprovar culpabilidade da empresa e o ônus da prova da autoridade acusadora para a aplicação de multas administrativas e judiciais da Lei Anticorrupção Brasileira, precisa é a lição de OSÓRIO:

A Lei 12.846/13 ostenta natureza punitiva e deve submeter-se ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, *não é cabível falar em responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas para fins de imposição de penalidades administrativas*. Cabe ao acusador o ônus da prova, que não pode ser invertido. *Necessário trabalhar a culpabilidade da empresa, o que requer níveis prudenciais de conduta na tomada de decisões, para atender padrões de probidade (boa gestão)*.²⁰⁴ (grifos nossos)

Por esse motivo, FRAZÃO²⁰⁵ entende que o legislador da Lei Anticorrupção

²⁰¹ MARTÍN, Adán Nieto. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva doctrina penal*, nº 1, p. 373, 2008.

²⁰² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

²⁰³ FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos administrativos. In: ROSSETTI, Maristella Abla; PITTA, Andre Gruspun. *Governança corporativa – avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 40.

²⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. *Revista Consultor Jurídico*, 20 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 09 jan. 2020.

²⁰⁵ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49.

Brasileira pretendeu transportar para o direito administrativo a teoria da imputação objetiva, e não a responsabilidade objetiva propriamente dita, havendo a necessidade de se verificar como a pessoa jurídica deveria ter se comportado. Dessa forma, dever-se-iam dar dois passos para a responsabilização da pessoa jurídica por ilícitos administrativos da Lei Anticorrupção Brasileira: (i) o primeiro (juízo de imputação), que poderia ser caracterizado pelo automatismo ou pela responsabilidade objetiva, e (ii) o segundo (juízo de mérito da conduta), que necessariamente exigiria a existência de reprovabilidade da conduta da pessoa jurídica para a imposição de sanção.

SARCEDO elenca os seguintes critérios para imputação direta da responsabilidade à pessoa jurídica no âmbito da responsabilidade penal ambiental (que pode ser analogamente aplicada à Lei Anticorrupção Brasileira):

(i) é necessário verificar-se se o ato apontado como delituoso decorreu do processo normal de deliberação interna da corporação e se as instâncias decisórias internas foram observadas; (ii) constatar se houve ciência da pessoa jurídica, por meio de seus órgãos internos de deliberação, do fato ilícito que se estava a cometer, diante do qual houve aceitação ou mesmo inércia em não o impedir; (iii) examinar se a atuação delituosa estava de acordo com os padrões e objetivos da empresa e visava a atingir seus objetivos sociais, tendo sido realizado em seu nome; e (iv) evidenciar que o fato foi cometido no interesse ou benefício do ente coletivo, possibilitando o afastamento da ilicitude quando foi cometido em benefício exclusivo de terceiro(s).²⁰⁶

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente posicionamento acerca da matéria, citando inclusive outros julgados, enuncia:

3. Cabe esclarecer que, no Direito brasileiro e de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, proprietário ou administrador da área degradada, é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura* e do *favor debilis*.

4. Todavia, os presentes autos tratam de questão diversa, a saber a *natureza da responsabilidade administrativa ambiental*, bem como a demonstração de existência ou não de culpa, já que *a controvérsia é referente ao cabimento ou não de multa administrativa*.

5. Sendo assim, o STJ possui jurisprudência no sentido de que, “*tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental*, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, *responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador*” (AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa,

²⁰⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseada na culpabilidade corporativa*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 155.

Primeira Turma, DJe 7.10.2015).

6. “Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexos causal entre a conduta e o dano” (REsp 1.251.697/PR, (REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012).”²⁰⁷ (grifos nossos)

Tem-se, portanto, que a dita responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira, no que diz respeito às multas administrativas regidas pelo Direito Administrativo Sancionador, é na verdade imprópria e deve necessariamente passar por um juízo de culpabilidade/reprovabilidade da pessoa jurídica. Esse juízo de culpabilidade não se remete a um critério subjetivo de culpa ou dolo da pessoa jurídica, mas pode assumir diversos formatos, sendo o principal deles o da culpabilidade baseada no “defeito organizacional” de TIEDEMANN²⁰⁸, calcada na deficiência organizacional da pessoa jurídica que, ao assim proceder, abre brechas para o cometimento de ilícitos, (partindo-se da premissa que as pessoas jurídicas possuem um dever próprio de se organizarem corretamente, com estruturas voltadas a evitar práticas de delitos)²⁰⁹. Como consequência, para os adeptos dessa teoria de culpabilidade calcada pelo defeito organizacional, não bastaria a mera ocorrência do ilícito para a responsabilização administrativa, pois, demonstrada a ausência de defeito de organização, exculparia a pessoa jurídica de sua responsabilidade.

Porém quais seriam, no Brasil, os critérios de aferição da culpabilidade para fins da aplicação das sanções da Lei Anticorrupção Brasileira? Acreditamos que as disposições dos arts. 6º, § 1º, e 7º da Lei Anticorrupção Brasileira podem ser utilizadas para delimitar esses parâmetros de culpabilidade:

Art. 6º, § 1º. As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou

²⁰⁷ STJ, Segunda Turma, REsp nº 1.401.500/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.08.2016, DJe 13/09/2016.

²⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Punibilidad y responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y de sus órganos*. Revista Jurídica de Buenos Aires. v. 2. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988; TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. Doutrinas essenciais de direito penal. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

²⁰⁹ Há também autores que baseiam a culpabilidade baseada na “cultura organizacional deficiente”, que consistiria na “não-institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao Direito, constituindo culpabilidade jurídico-penal empresarial da empresa”, ou mesmo no “déficit de autorregulação permanente”, que determina que a empresa deve estar em permanente vigília para constatar a ocorrência de ilícitos e desenvolver mecanismos para evitá-los. Ver: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 140.

cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

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

Embora esses fatores tenham sido posteriormente regulamentados pelo Decreto Federal Anticorrupção apenas como “atenuantes” na dosimetria do *quantum sancionatório*, entendemos que devem ser usados também para aferir a existência (ou não) de culpabilidade da pessoa jurídica acerca do ato ilícito praticado pelos seus representantes e colaboradores. Dessa forma, observando o requisito indispensável da culpabilidade para a aplicação de multas administrativas, em determinadas circunstâncias os fatores do art. 7º da Lei Anticorrupção Brasileira poderão produzir uma “não sanção”, ou mesmo uma sanção inferior ao mínimo estabelecido em lei. Haveria possibilidade de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica mediante a apresentação de um programa de integridade efetivo, por exemplo. A culpabilidade, assim, poderia ser construída a partir de critérios objetivos, extraídos das práticas corporativas corriqueiras e aceitas como padrões de mercado. Esse é o entendimento de OSÓRIO, compartilhado por nós:

Para que as empresas possam ter imunidade frente à responsabilidade objetiva por atos de terceiros, necessitam contar com uma estrutura interna dotada de independência, capacidade operacional e autoridade responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento [...] definitivamente, a instituição de tais elementos [...] é capaz inclusive de romper o nexo de causalidade suscitado para a imposição da sanção administrativa ou civil, com a consequente atenuação ou mesmo a exclusão da penalidade cogitada.²¹⁰

3.2 SUJEITOS PASSIVOS

A Lei Anticorrupção Brasileira dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. A Lei Anticorrupção Brasileira não determina expressamente o conceito de “Administração Pública nacional”, cabendo a nós procedermos a uma interpretação

²¹⁰ OSÓRIO, Fabio Medina. Compliance anticorrupção: aspectos gerais. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018, p. 340.

sistemática com outros dispositivos legais e conceitos doutrinários.

Por Administração Pública, podemos entender o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência executar as atividades administrativas do Estado. A Administração Pública pode ser classificada em direta ou indireta, a depender de sua forma de organização, e para fins da Lei Anticorrupção Brasileira deve ser entendida pelo seu conceito mais amplo, englobando entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal²¹¹.

No que diz respeito ao Poder Executivo, o Decreto-lei nº 200/67 (art. 4º, I) estabelece que: (i) a Administração direta compreende todos os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios e (ii) a Administração indireta compreende as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. Esse modelo se reproduz nas esferas estaduais e municipais.

Além disso, para o entendimento dos limites da Administração direta e indireta, também se admite recorrer à interpretação sistemática da Lei de Improbidade Administrativa²¹², afinal ambos os diplomas versam sobre moralidade administrativa e combate à corrupção. Dessa forma, incluem-se também: (i) as “entidades para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual” (art. 1º) e (ii) as “entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos” (art. 1º, § único).

Sobre o conceito de Administração Pública estrangeira, a Lei Anticorrupção Brasileira determina que serão “os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país

²¹¹ A exposição de motivos do Projeto de Lei da Câmara nº 39/2013 consignou que a Lei Anticorrupção Brasileira visava a abranger “a Administração dos três Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário, em todas as esferas de governo, União, Distrito Federal, Estados e Municípios, de maneira a criar um sistema uniforme em todo território nacional”.

²¹² Lei nº 8.429/92, artigo 9.

estrangeiro” (art. 5º, § 1º), incluindo-se também “as organizações públicas internacionais” (art. 5º, § 1º), como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC), entre outras.

Por conta da aplicação à Administração Pública estrangeira, reconhece-se o caráter extraterritorial da Lei Anticorrupção Brasileira, da mesma forma que ocorre com a lei anticorrupção dos Estados Unidos da América, o FCPA, e a lei anticorrupção do Reino Unido, o UKBA de 2010. Nesse sentido, compete à CGU, em caráter exclusivo, a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

3.3 SUJEITOS ATIVOS

As pessoas jurídicas corruptoras que poderão ser responsabilizadas pela Lei Anticorrupção Brasileira estão descritas no seu art. 1º, § 1º: sociedades empresárias e sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito.

Em primeiro lugar, nota-se que as pessoas físicas estão excluídas do âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira e, portanto, do devido processo penal-administrativo por ela instituído. Essa exclusão está expressa no art. 3º, que remete a responsabilidade dos dirigentes e funcionários das pessoas jurídicas elencadas no art. 1º à aplicação das leis próprias.

No âmbito das pessoas jurídicas, as disposições da Lei Anticorrupção Brasileira não se restringem às sociedades empresárias, incluindo também sociedades simples, sociedades de serviços, sociedades despersonificadas, consórcios e entidades do chamado “terceiro setor”, tais como fundações, associações, institutos e organizações não-governamentais²¹³.

²¹³ As entidades do terceiro setor também estão sujeitas aos regramentos e controles instituídos pela Lei da Filantropia (Lei nº 12.101/11) e pelo Marco Regulatório do Terceiro Setor (Lei nº 13.019/14) e, quando receberem recursos públicos, à Lei de Improbidade Administrativa e aos órgãos de controle dos Tribunais de Contas.

Já existem precedentes judiciais a respeito²¹⁴. Como afirma CARVALHOSA:

incluem-se nesse rol as pessoas jurídicas com fins sociais, políticos (partidos políticos), filantrópicos, assistenciais e associativos e nelas as organizações não governamentais (ONGs) como as regulamentadas (Organizações Sociais de Saúde – OSSs e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs); as fundações, sejam privadas, sejam públicas constituídas como pessoas jurídicas de direito privado; os institutos; as irmandades; e as associações abertas ou fechadas, com fins corporativos ou comunitários que atendem a interesses dos seus associados ou da coletividade, nos planos civil, acadêmico, cívico, religioso, político, confessional, cultural, científico ou técnico. Nesse espectro estão as associações de classe, como os sindicatos e as suas federações e confederações, patronais ou de trabalhadores, bem como as organizações sociais que tais entidades mantêm, como aquelas do Sistema S. Também estão incluídos nesse elenco os fundos de pensão e os fundos assistenciais constituídos para benefícios presentes e futuros (aposentadoria) de seus participantes no seio das respectiva pessoa jurídica, pública ou privada [...] Da mesma forma, as congregações e as igrejas confessionais de todos os credores e as associações e entidades por elas financiadas ou com elas relacionadas.²¹⁵

Sobre a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, ensina MARIANO:

Sujeitam-se à Lei Anticorrupção as sociedades de qualquer tipo (sociedade limitada, anônima, em comandita por ações, etc.) ou natureza jurídica (empresária ou simples, nestas incluídas as cooperativas), tenham pluralidade de sócios ou sejam unipessoais, como são a EIRELI (CC: art. 44, inc. VI) e a sociedade subsidiária integral e pode ser a já citada empresa pública. Podem ser, pois, autoras do ilícito as fundações (CC: art. 44, inc. II) ou associações (inc. I), entre as quais, naturalmente, os sindicatos, as organizações religiosas (inc. IV) e os partidos políticos (inc. V).²¹⁶

Além disso, eventual irregularidade da constituição da pessoa jurídica não pode ser utilizada como obstáculo à sua responsabilização, já que a Lei Anticorrupção Brasileira se aplica aos entes personificados ou não. Dessa maneira, podem ser responsabilizadas sociedades em comum ou irregulares e até mesmo sociedades de fato (por exemplo, um consórcio contratual ou um cartel). MARIANO esclarece que a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira aos entes despersonificados encerra uma contradição, pois ela imputa responsabilidade não propriamente ao ente, já que este não tem personalidade e não é um centro de imputação de direitos e deveres. Se o centro de imputação não existe, a imputação seria às pessoas (físicas ou jurídicas) entre si vinculadas em torno do ente. Esse entendimento, diz MARIANO, contradiz o de CARVALHOSA, que afirma que “esse

²¹⁴ TJ-RJ, Agravo de Instrumento AI 0023397-59.2018.8.19.0000, j. 18/12/2018 (“As pessoas jurídicas de direito privado, dentre as quais se incluem as associações, ainda que sem fins lucrativos, são abarcadas pelo conceito de abuso da personalidade jurídica [...] e atrai a incidência da recente lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013”).

²¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 60.

²¹⁶ MARIANO, Álvaro A.C. *Reflexões sobre a reorganização societária e a lei anticorrupção. 48 Visões Sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 569.

elenco literal exclui de seu âmbito as pessoas físicas que deverão ser processadas e penalizadas por outras normas legais já existentes em nosso Ordenamento Jurídico”²¹⁷.

3.4 CONDUTAS ILÍCITAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

O art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira dispõe que serão considerados lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, todos os atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que são:

- (i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- (ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira;
- (iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- (iv) frustrar ou fraudar licitações e contratos;
- (v) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação.

Não foram adotados, na Lei Anticorrupção Brasileira, dispositivos de contabilidade que exijam que as empresas mantenham livros e registros contábeis precisos e corretos e estabeleçam controles internos para prevenir atividades ilegais (como é o caso do FCPA norte-americano, que será analisado a seguir). No entanto, tendo em vista a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção de seus agentes, espera-se que elas venham a desenvolver tais controles internos e regras de *compliance*, como forma de prevenir a ocorrência desses atos.

Nota-se que os bens jurídicos protegidos pelas infrações o art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira são o patrimônio público, a moralidade administrativa e os princípios da Administração Pública. Referidas infrações objetivam: (i) proteger o patrimônio público nacional e estrangeiro contra atos de corrupção; (ii) preservar a

²¹⁷ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 150.

isonomia, moralidade e transparência nas contratações públicas, (iii) resguardar as atividades de investigação e fiscalização das autoridades competentes; (iv) incentivar as pessoas jurídicas a adotarem comportamentos preventivos, mediante sistemas de integridade e *compliance*, para evitar a prática de atos de corrupção.

Por se tratar de Direito sancionador, aplica-se o princípio da estrita legalidade, de forma que os atos lesivos elencados no art. 5º deverão ser entendidos como lista fechada, relação exaustiva, e não meramente exemplificativa. Somente podem ser punidos como atos lesivos aqueles previamente definidos em lei

Inciso I

O inc. I do art. 5º tem por elementos objetivos os atos de prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público ou a terceira pessoa a ele relacionada. CARVALHOSA²¹⁸ explica que tais ações poderão se dar de forma direta, prometendo-se, oferecendo-se ou dando-se vantagens indevidas ao agente público, ou indiretamente, por meio da interposição de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas que tenham vínculos com o agente público (por exemplo, instituições sociais ligadas a parlamentares). Esse dispositivo encontra correspondência, na seara criminal, no denominado delito de corrupção ativa previsto no art. 333 do Código Penal (e também no art. 337-B do Código Penal, que trata de corrupção ativa em transação comercial internacional). A principal diferença entre os ilícitos reside no sujeito ativo da infração, a pessoa natural no caso do Código Penal e a pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira.

O ilícito “dar” tem natureza material, que exige o resultado (entrega da vantagem ao servidor público) para que o ilícito se aperfeiçoe. As condutas de “oferecer” ou “prometer” configuram ilícito formal, considerando-se consumado o delito no momento em que houve o oferecimento ou promessa da vantagem indevida, independentemente de sua efetiva aceitação e entrega. Ainda, as vantagens do inc. I não se resumem a vantagens financeiras, de índole econômica, mas podem constituir vantagens de qualquer espécie, mesmo de natureza não financeira.

Inciso II

²¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

O inc. II do art. 5º trata da responsabilidade dos financiadores, que de alguma forma venham a colaborar com a prática dos atos ilícitos da Lei Anticorrupção Brasileira. Esse tema será tratado em detalhes no Capítulo 7. Estaríamos diante da figura da coparticipação (já prevista na legislação penal), ou de algo mais? A pessoa natural que apoia financeiramente um ato ilícito contra a Administração Pública, definido como crime pela legislação penal, tal como o mencionado caso de corrupção ativa acima, é também autor do crime, na condição de partícipe (artigo 29 do Código Penal). Qual a necessidade desse novo inc. II?

Inicialmente, chama a atenção, por sua redundância, a inclusão do advérbio “*comprovadamente*”. Em qualquer caso, parece óbvia a impossibilidade de aplicação de sanção sem que exista a inequívoca comprovação do ilícito. No Estado de Direito, não se pune qualquer pessoa sem a demonstração cabal da prática do ilícito, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ao contrário do inc. I, esse inciso II representa novidade para o Direito brasileiro, pois não encontra paralelo no Código Penal ou na Lei de Improbidade Administrativa como infração autônoma. Os verbos nucleares “financiar”, “custear”, “patrocinar” ou “subvencionar” informam a existência de infrações de mera conduta, desnecessária a verificação do resultado para sua ocorrência. As condutas referem-se ao ato de fornecer dinheiro, bens ou créditos que se mostrem necessários ou correlatos à prática da infração, ou mesmo prestar ajuda ou subsídios. SANTOS, BERTONCINI e CUSTÓDIO FILHO afirmam que, para a configuração do ilícito, não basta simplesmente a concessão do financiamento, é necessária participação ativa e direta com vistas a viabilizar o ato de corrupção. Confira-se:

a pessoa jurídica que conspira ou é cúmplice mediante incitamento para a prática de corrupção pode ser responsabilizada [...] nota-se que o delito de incitamento para a prática de corrupção de funcionário público nacional ou estrangeiro, mediante o financiamento, o custeamento, o patrocínio ou a subvenção, é delito material, exigindo para a sua configuração a comprovação desse estímulo para a prática da corrupção.²¹⁹

Dessa forma, seria preciso comprovar não apenas os atos comissivos atribuíveis ao financiador (financiar, custear, patrocinar ou subvencionar), como o especial fim de praticar os atos ilícitos do art. 5º, atos esses cometidos por terceira pessoa (física ou jurídica)

²¹⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2014, p. 124.

financiada, custeada, patrocinada ou subvencionada pelo cúmplice no ato de corrupção. Portanto, para a configuração do ilícito do inc. II do art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira, é necessário comprovar dois requisitos:

- i. que a pessoa jurídica financie, custeie patrocine ou subvencione a prática de qualquer ato de corrupção do art. 5º;
- ii. que essas ações tenham o propósito (finalidade específica) de colaborar ou instigar a prática, por outra pessoa (natural ou jurídica), dos atos lesivos previstos nos incisos I, III, IV, e V do art. 5º.

Inciso III

O inc. III do art. 5º trata da ocultação ou dissimulação de interesses ou da identidade dos beneficiados pelos atos de corrupção. O ato lesivo do inc. III está intimamente ligado ao crime de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e valores tipificado no art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, posteriormente modificada pela Lei nº 12.683/12)²²⁰. A norma também usa o advérbio “comprovadamente”, que merece as mesmas críticas tecidas acima. Trata-se de ilícito de mera conduta, independentemente do resultado. O ato de utilizar-se de interposta pessoa para ocultar tem por significado esconder, encobrir, não revelar a quem de direito, a figura conhecida no Brasil como “*laranja*”. O ato de dissimular significa distorcer a realidade, usar de astúcia contra terceiro, dificultar a real compreensão dos fatos.

Do mesmo modo que o crime de lavagem de dinheiro, que se encontra vinculado à infração penal antecedente, a configuração do inc. III do art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira encontra-se vinculada à configuração prévia de um ato ilícito tipificado nos demais incisos do art. 5º.

No entanto, de acordo com o art. 2º, inc. II e § 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, o legislador considerou desnecessária uma sentença prévia que declare uma infração penal antecedente, ou até mesmo que se encontre em curso um processo²²¹, podendo a denúncia

²²⁰ “Art 1º: Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

²²¹ NETTO, José Laurindo de Souza. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 63.

ser oferecida com base em indícios da infração antecedente²²². Conforme NETTO:

Para que ocorra o crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, é necessário que tenha ocorrido qualquer dos crimes mencionados nos incisos do art. 1º. Estas infrações configuram-se como elementos normativos do tipo do crime de lavagem. Trata-se então de um crime acessório, pois depende de outro que lhe é precedente. Inexistindo sérios indícios da ocorrência do crime antecedente, a denúncia não poderá ser recebida pelo Juiz. A comprovação da ocorrência do crime antecedente constitui-se numa questão prejudicial do próprio mérito. Tal exigência condiciona o desenvolvimento válido da relação processual.²²³⁻²²⁴

A nosso ver, embora a Lei Anticorrupção Brasileira não tenha feito referência expressa ao ilícito antecedente como fez a Lei de Lavagem de Dinheiro, o mesmo raciocínio se aplica ao inc. III do art. 5º: somente pode ser punido pelo ilícito de ocultação ou dissimulação de interesses ou da identidade dos beneficiados pelos atos de corrupção caso haja a configuração prévia do ilícito antecedente de um ato de corrupção ou contrários à Administração Pública (conforme configurados nos demais incisos do art. 5º).

Inciso IV

O inc. IV do art. 5º trata das licitações e contratos, sendo que:

- i. A alínea “a” engloba os casos de frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, por exemplo, por propostas fictícias, supressão de propostas, propostas rotativas ou de rodízio, divisão de mercado, combinação de preços, cartelização, clubes de licitantes etc. O bem tutelado

²²² “Art. 2º, inc. II – independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento”; “Art. 2º, § 1º – A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente”.

²²³ NETTO, José Laurindo de Souza. *Lavagem de dinheiro*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 63. Nota-se, contudo, que o autor refere-se a “crime antecedente”, pois a edição consultada era de 1999, anterior à Lei nº 12.683/12, que passou a requerer apenas uma infração penal antecedente. Nos dias atuais, leia-se o parágrafo acima com o vocábulo “infração penal antecedente”.

²²⁴ O TRF-4 (Habeas Corpus nº 1998.04.01.076546-6/PR, rel. Juiz Jardim de Camargo, j. em 27/1/99) já confirmou esse entendimento: “Em que pese a denúncia por crime de lavagem possa estar apoiada em simples indícios da existência do crime conexo, havendo flagrante, não há como legitimar a manutenção da prisão sob o simples fundamento de que o flagrado possa ter cometido algum delito abrangido pela Lei 9.613/98. Um mínimo de segurança sobre a materialidade do crime conexo deverá ter o julgador para autorizar a custódia cautelar. Tratando-se de crime cuja objetividade jurídica apoia-se em meros indícios, a vedação à liberdade provisória deve ser aplicada com cautela e a partir de uma criteriosa análise do caso concreto. A não ser assim, inúmeras irregularidades administrativas, que nenhuma relevância possuam no âmbito penal, mas pela possibilidade de estarem encobrendo algum ilícito penal abrangido pela Lei 9.613/18, o que é muito comum neste tipo de criminalidade, passarão a servir de pretexto para prisões arbitrárias, ou mesmo para facilitar investigações policiais, para o que a legislação brasileira já prevê uma modalidade específica de prisão (prisão temporária). Hipótese em que os pacientes foram presos em flagrante no aeroporto de Londrina, vindos de Foz do Iguaçu na posse de aproximadamente US\$ 500.000,00. Liberdade provisória concedida”.

- é a livre concorrência nas contratações com Administração Pública;
- ii. A alínea “b” (impedir, perturbar ou fraudar licitação) tutela a realização escorreita e tranquila do procedimento licitatório. A fórmula utilizada é excessivamente aberta, de difícil preenchimento concreto com as condutas verificáveis durante o certame. Os verbos utilizados de impedir (obstar a consumação), perturbar (dificultar, atrapalhar) e fraudar (uso de meio ardiloso e legal) demonstram a necessidade de elemento subjetivo, no caso, o dolo, ainda que a lei trate de responsabilidade objetiva;
 - iii. A alínea “c” (afastar licitante por fraude ou vantagem indevida) poderia ser entendida como hipótese de corrupção privada, que seria o oferecimento de vantagem a um particular para afastá-lo de uma licitação. Novamente, o bem jurídico tutelado é a ampla competitividade nas licitações;
 - iv. A alínea “d” (fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente) é descrita de forma muito aberta, possibilitando o enquadramento de diversas condutas. A fraude (busca de vantagem por meio de enganação) seria aplicável a todas as fases do procedimento licitatório (habilitação, apresentação de propostas, adjudicação etc.) e execução contratual. Alguns exemplos de condutas que envolvem fraudes podem ser encontrados no art. 96 da Lei nº 8.666/93²²⁵: elevar arbitrariamente os preços (inc. I), vender mercadoria falsificada ou deteriorada (inc. II), entregar uma mercadoria por outra (inc. III), alterar substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida (inc. IV);
 - v. A alínea “e” trata da criação fraudulenta de pessoa jurídica para participar de licitação. O que se busca é obstar que seja constituída pessoa para simular competição (as chamadas “empresas fantasma” ou “empresas de fachada”). Por exemplo, quando uma empresa fictícia apresenta uma proposta com preços mais baixos para vencer a licitação, para em seguida desistir o contrato, que passa a ser assumido pela segunda colocada, de forma

²²⁵ Lei 8.666/93: “Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

previamente concertada.

- vi. As alíneas “f” e “g” tratam de irregularidades no processo de modificação (alteração de cláusulas) ou prorrogação (extensão do prazo) dos contratos, bem como de fraudes em pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro. Como a demonstração do desequilíbrio econômico-financeiro incumbe ao contratado, será um ato violador da Lei Anticorrupção Brasileira a fraude nesse processo de demonstração, por meio, por exemplo, de apresentação de fórmulas sabidamente errôneas ou que induzam a Administração Pública a engano.

Inciso V

O inc. V do art. 5º (dificultar investigação ou fiscalização) trata do dever das pessoas jurídicas de colaborarem com os órgãos persecutórios e fiscalizatórios sempre que lhes for solicitado documento ou informação. Em outras palavras, sempre que houver fiscalização ou atos investigatórios (inclusive de agências reguladoras), em nenhuma hipótese poderá a pessoa jurídica interpor subterfúgios ou criar obstáculos que possam dificultar ou frustrar os atos dos órgãos estatais (morosidade intencional na apresentação de documentos, ou apresentação incompleta ou fragmentada de documentos para frustrar a investigação). A conduta em análise encontra semelhança com o crime tipificado no art. 2º da Lei nº 12.850/13, que trata da investigação criminal, obtenção de provas e infrações penais em hipóteses de organizações criminosas.

O ato de dificultar atividades de fiscalização ou investigação não pode eliminar ou substituir o direito que possui qualquer pessoa jurídica de não produzir provas contra si, consolidado no Direito brasileiro por meio do princípio do *nemo tenetur se detegere*, constante no art. 5º, inc. LXIII, da CF²²⁶. Em que pese o inc. V do art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira, a pessoa jurídica terá sempre a opção de não colaborar com atos investigatórios ou fiscalizatórios, sem que essa conduta seja considerada delituosa. Haverá sempre o direito de não se autoincriminar. Não se admitem, contudo, atos de obstrução, como destruir provas, impedir acesso ou intimidar agentes públicos etc. Além disso, caso um investigado pague propina para um agente público no desempenho de sua função investigativa, incorrerá em dois ilícitos: do inc. I (oferecer vantagem indevida a agente

²²⁶ MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridion. Comentários ao art. 5º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

público) e do inc. V (obstruir investigação).

No mesmo sentido, CARVALHOSA:

o tipo instituído no inciso V do art. 5º deve ser entendido como delito de fraude processual e de criação de entraves para a apuração dos delitos corruptivos e não de obrigação de prestar colaboração. Restringe-se o preceito tipológico do inciso V à destruição de provas, ao aliciamento e suborno de testemunhas, ao falseamento de documentos e a toda espécie de fraude processual. *Nunca deve ser entendido o dispositivo (art. 5º, V) como delito de não colaboração, ou seja, de não prestar depoimento contra si mesmo e de não oferecer todos os meios para sua própria incriminação, o que seria uma aberração jurídica.*²²⁷ (grifo nosso)

Questiona-se se a obstrução de investigação/fiscalização do inc. V se aplicaria especificamente às investigações/fiscalizações dos órgãos de combate à corrupção no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira ou a qualquer investigação/fiscalização de qualquer órgão que integre a Administração Pública. RIBEIRO entende que a leitura deve ser restritiva, no sentido de que o inc. V somente se aplica em investigações/fiscalizações sobre matérias de corrupção, uma vez que esse dispositivo “encontra-se inserido num microsistema jurídico que busca coibir atos de corrupção, e não a tutela em geral da atuação investigativa e fiscalizatória dos órgãos e entidades públicas”²²⁸. Essa interpretação mais restritiva também é compartilhada por SANTOS, BERTONCINI e CUSTÓDIO FILHO²²⁹.

3.4.1 Comparativo com o FCPA

No início da década de 1970, com a opinião pública pressionando por maior repressão penal em função do “Escândalo de Watergate”²³⁰, a SEC iniciou estudos que concluíram que inúmeras empresas americanas pagavam propinas a autoridades públicas estrangeiras de forma recorrente. De acordo com um relatório²³¹ apresentado ao Congresso americano, mais de 400 empresas americanas haviam admitido ter pago propinas a

²²⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 e a Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013. v. 4, tomo II. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²²⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 164.

²²⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²³⁰ O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido em 1974 nos Estados Unidos que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente Richard Nixon, do Partido Republicano. "Watergate", de certo modo, tornou-se um caso paradigmático de corrupção.

²³¹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Proposed Legislative History International Anti-Bribery Act*. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/leghistory.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2019.

autoridades estrangeiras, totalizando mais de US\$ 1,2 bilhão em valores de hoje. Em resposta a esse estudo, o Congresso norte-americano promulgou o FCPA em 1977²³², que, em linhas gerais, proíbe empresas norte-americanas e outras pessoas de oferecer ou pagar propinas e subornos a funcionários públicos estrangeiros como forma de prospectar ou reter negócios nesses países.

O FCPA é administrado simultaneamente pela SEC e pelo DOJ e fornece poderosas ferramentas a essas agências governamentais para aplicar e recolher penalidades substanciais de empresas com algum nível de conexão com os Estados Unidos, ainda que pequeno, em relação a subornos que ocorram no exterior. O FCPA conta com duas disposições principais: o dispositivo antissuborno e o dispositivo relativo à contabilidade.

Dispositivo Antissuborno

O dispositivo antissuborno do FCPA proíbe que (i) os emitentes, entes nacionais ou outras pessoas com determinadas conexões com os Estados Unidos (ii) ofereçam, prometam ou doem (iii) qualquer coisa de valor (iv) a agentes governamentais estrangeiros (v) a fim de obter negócios ou garantir uma vantagem imprópria. Em geral, cada componente tem sido interpretado pela SEC, pelo DOJ e pelos tribunais de forma expansiva. Passamos a analisar esses componentes:

- (i) Emitentes, entes nacionais ou outras pessoas com conexões com os Estados Unidos: os “emitentes” (*issuers*) são entidades estrangeiras ou norte-americanas que listam títulos e valores mobiliários em uma bolsa dos Estados Unidos (incluindo os *American Depositary Receipts* – ADRs) ou que são obrigadas a arquivar relatórios periódicos junto à SEC de acordo com a Seção 15(d) da *Securities Exchange Act* (a lei de valores mobiliários dos Estados Unidos), bem como seus diretores, conselheiros, empregados e agentes. Os “entes nacionais” são corporações organizadas nos Estados Unidos ou com sede nos Estados Unidos, bem como todos os cidadãos norte-americanos, cidadãos naturalizados e residentes nos Estados Unidos. Outras pessoas abrangidas pelo FCPA são quaisquer pessoas físicas ou entidades que não sejam um emissor ou ente nacional, mas estejam envolvidas em

²³² Codificado formalmente como 15 U.S.C. § § 78m, 78dd-1, 78dd-2, and 78ff.

atividades ligadas à corrupção, enquanto no território dos Estados Unidos, ou que estejam fazendo uso “de correspondências ou de qualquer meio de instrumentalidade de comércio interestadual, na promoção de atividades corruptas” (por exemplo, a utilização de contas bancárias, agentes, escritórios ou até mesmo servidores de e-mail localizados nos Estados Unidos). Nos termos do FCPA, essas pessoas são responsáveis pelo suborno que venha a ocorrer em qualquer lugar no mundo, incluindo o suborno conduzido inteiramente no estrangeiro por subsidiárias, empregados ou agentes estrangeiros.

- (ii) Oferecer, prometer ou dar: oferecer, prometer ou dar significam pagar, oferecer-se a pagar, prometer pagar ou autorizar o pagamento de qualquer coisa de valor²³³. Um brinde ou pagamento não necessita ter-se efetivado – a mera oferta, por si só, é suficiente para violar o FCPA.
- (iii) Qualquer coisa de valor. Qualquer coisa de valor significa qualquer benefício de valor tangível ou financeiro, como pagamentos em dinheiro, brindes, viagens, entretenimento, doações ou oportunidades de emprego²³⁴. Como não há um limite pré-estabelecido, uma oferta, promessa ou brinde de qualquer valor pode violar o FCPA²³⁵, embora o FCPA forneça uma importante exceção para pagamentos relacionados com “ações governamentais de rotina”, também conhecidas como “pagamentos de facilitação” ou “taxas de urgência” (essa exceção isenta somente pagamentos governamentais que não envolvam decisões discricionárias, mas apenas tentam agilizar um procedimento governamental). Em contraste com os Estados Unidos, a maioria dos outros países, incluindo Brasil e Reino Unido, não permite pagamentos de facilitação ou taxas de urgência.
- (iv) Agente governamental estrangeiro: um agente governamental estrangeiro engloba qualquer dirigente ou funcionário de um governo estrangeiro, um

²³³ A esse respeito, ver o “Guia FCPA”, preparado conjuntamente pela SEC e pelo DOJ para orientar a conduta das empresas sob sua jurisdição. Ver DOJ & SEC, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (Nov. 14, 2012). Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

²³⁴ Por exemplo, em 2019 a Telefônica Brasil S.A., por meio de um acordo de leniência (*cease and desist proceedings*), concordou em pagar US\$ 4,1 milhões à SEC por violações ao FCPA por ter oferecido ingressos e pacotes de hospedagem para cerca de 130 funcionários públicos brasileiros para a Copa do Mundo FIFA de futebol em 2014, cortesia estas que teriam sido feitas com o propósito de assegurar aprovações regulatórias.

²³⁵ Conforme o Guia FCPA, p. 14-17.

departamento ou agência governamental, uma instrumentalidade destes e os candidatos políticos²³⁶. Nesse contexto, uma “instrumentalidade” de um governo estrangeiro é uma entidade controlada pelo governo de um país estrangeiro que executa uma função que o governo controlador trata como sendo sua (por exemplo, dirigentes e funcionários de empresas estatais)²³⁷. O FCPA abrange tanto os funcionários públicos de alto escalão quanto os de níveis operacionais, bem como funcionários de entidades estatais ou de controle governamental. Além disso, o benefício não precisa ser dado diretamente a um funcionário do governo, uma vez que dar alguma coisa de valor a uma pessoa que está intimamente associada a um funcionário do governo pode ser suficiente para influenciar o agente governamental. Por exemplo, a oferta de emprego para um parente de um funcionário do governo pode representar uma violação, se essa ação tiver a intenção de influenciar o funcionário do governo.

- (v) *A fim de obter negócios ou garantir uma vantagem imprópria*: obter negócios ou garantir uma vantagem imprópria significa qualquer vantagem comercial, incluindo um contrato com o governo, tratamentos fiscais ou tarifários, benefícios regulamentares e benefícios relacionados à licença ou alvará ou qualquer outra vantagem. O destinatário da oferta, promessa ou brinde deve usar a sua posição para ajudar a fornecer o negócio ou vantagem. O FCPA também exige a intenção de corromper na busca de negócios ou vantagens, significando a intenção de influenciar indevidamente o destinatário a fornecer o negócio ou vantagem conforme necessário²³⁸.

Vale lembrar que o FCPA abre algumas exceções, ou flexibilidades, na punição de atos potencialmente ilícitos.

Em primeiro lugar, pagamentos a autoridades estrangeiras que não sejam ilícitos na jurisdição de origem não violam o FCPA (a chamada “*local law defense*”). Em outras

²³⁶ Conforme o Guia FCPA, p. 19-21.

²³⁷ *United States v. Esquenazi*, 752 F.3d 912 (11th Cir. 2014). Em *Esquenazi*, o tribunal considerou que os funcionários de uma empresa estatal haitiana de telefonia eram agentes estrangeiros conforme os termos da FCPA, pois a empresa foi qualificada como uma “instrumentalidade” de um governo estrangeiro. O controle não se refere apenas à propriedade; outros fatores, tais como membros do Conselho e o direito a voto, podem conferir o controle sobre uma empresa com participação estatal mínima. O ponto da função é similarmente amplo, particularmente em países com um histórico de propriedade estatal de indústrias.

²³⁸ Conforme o Guia FCPA, p. 12-14.

palavras, desde que tais pagamentos sejam *expressamente* permitidos na legislação local, as autoridades norte-americanas não poderão punir com base no FCPA. Essa exceção é bastante limitada, pois exige que lei formal contenha uma previsão expressa acerca da admissibilidade do referido pagamento aos funcionários públicos, o que raramente ocorre nos diversos países.

Além disso, pagamentos e reembolsos de despesas razoáveis e de boa-fé, que sejam feitos em valores moderados e com a devida comprovação documental, são permitidos pelo FCPA. Por exemplo, são permitidos pagamentos de despesas relacionadas à promoção de produtos e serviços, tais como visitas a plantas, viagens para treinamentos, eventos de demonstração de produtos. Porém não são aceitáveis oferecimento de viagens para familiares, antecipações de verbas em dinheiro, despesas excessivas, despesas de turismo etc.

Dispositivo relativo à contabilidade

O dispositivo que trata dos livros e registros contábeis exige que os “emissores” (*issuers*) (i) mantenham os livros e registros contábeis precisos e (ii) implementem um sistema de controles internos para evitar quaisquer pagamentos indevidos²³⁹. Independentemente da concretização ou prova de qualquer ato ilícito de suborno, uma falha em satisfazer os requisitos relacionados a livros e registros contábeis ou a controles internos representa uma violação ao FCPA.

- (i) Manter livros e registros contábeis precisos: manter os livros e registros contábeis precisos significa elaborar e manter os livros e registros contábeis “com níveis de detalhamento razoáveis, com precisão e que estes reflitam imparcialmente as transações do emissor, bem como disposição de seus ativos”²⁴⁰. Esse requisito se destina a garantir que os emissores não descaracterizem os subornos como transações fictícias, tais como comissões, honorários de consultoria, abatimentos ou descontos ou pagamentos de pequeno montante.
- (ii) Implementar um sistema de controles internos: a implementação de um sistema de controles internos significa a concepção e manutenção de um

²³⁹ 15 U.S.C. § 78m(b)(2).

²⁴⁰ 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(A).

sistema de controles internos suficiente para fornecer uma garantia razoável de controle e responsabilidade sobre ativos, passivos, receitas e despesas da empresa²⁴¹. Os controles internos envolvem uma variedade de componentes, incluindo um ambiente de controle, avaliações de risco e um tom organizacional de integridade e conformidade.

Muitas vezes, as autoridades norte-americanas responsáveis pela aplicação da lei podem mais facilmente provar uma violação do dispositivo relacionado à contabilidade do que do dispositivo antissuborno porque o dispositivo relacionado à contabilidade não exige prova de intenção ou conhecimento, nem tampouco ou umnexo jurisdicional com os Estados Unidos. Na verdade, quase todas as violações do dispositivo antissuborno também envolverão uma violação do dispositivo relacionado à contabilidade, visto que a probabilidade de as empresas lançarem com precisão os pagamentos impróprios em seus registros é mínima. Consequentemente, em casos em que houver falta de evidências suficientes para as autoridades fiscalizadoras comprovarem uma violação antissuborno, elas podem se basear, alternativamente, no dispositivo relacionado à contabilidade como base para eventual punição.

O dispositivo relacionado à contabilidade se aplica a empresas registradas junto à SEC ou que arquivem relatórios periódicos junto à SEC nos termos da Seção 15(d) do U.S. Securities Exchange Act.

3.5 SANÇÕES

3.5.1 Finalidade das sanções

De acordo com HODGES²⁴², as sanções relativas a crimes e delitos corporativos (incluindo as sanções provenientes de leis anticorrupção) normalmente têm três propósitos: (i) incapacitação (*disablement*); (ii) contenção/dissuasão específica (*special deterrence*) e (iii) contenção/dissuasão geral (*general deterrence*).

As sanções de incapacitação são mais apropriadas para os casos de corruptores irremediáveis, com alto risco de reincidência, organizações em que a corrupção é sistêmica

²⁴¹ 15 U.S.C. § 78m(b)(2)(B).

²⁴² HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour – business values: culture commitment, trust and ethics*. Oxford and Portland, Oregon, 2015, p. 48.

e endêmica, situações em que a sociedade ficaria melhor protegida se tais organizações fossem retiradas do mercado e/ou reformadas por completo. Na Lei Anticorrupção Brasileira, esse tipo de sanção se encontra no artigo 19, inciso I (suspensão ou interdição de atividades) e inciso II (dissolução compulsória da pessoa jurídica). Não temos conhecimento da aplicação desses tipos de sanções pelo Poder Judiciário até o momento.

As sanções de contenção/dissuasão visam a prevenir ou dissuadir a prática dos crimes e delitos no futuro. Em outras palavras estimular a conformidade futura (e conseqüentemente reprimir a desconformidade). A sanção de contenção/dissuasão pode ser específica, quando a punição é dirigida ao indivíduo especificamente, com o objetivo de criar mecanismos de dissuasão que o impeçam a voltar a delinquir, ou pode ser geral, quando a punição é dirigida ao indivíduo, mas o objetivo é que a punição sirva de exemplo para o mercado e a sociedade e dissuada terceiros de cometer o mesmo delito (efeito didático de reverberação). Na Lei Anticorrupção Brasileira, esse tipo de sanção se encontra nas sanções administrativas descritas no art. 5º, inciso I (multa) e inciso II (publicação de decisão condenatória).

3.5.2 Tipos de sanções

Violações da Lei Anticorrupção Brasileira sujeitam a pessoa jurídica beneficiada a sanções administrativas (aplicáveis pela própria Administração Pública, dotada de autoexecutoriedade), ou judiciais (apuradas pelo Poder Judiciário).

Sanções Administrativas

As sanções administrativas são de duas espécies, conforme previsto no art. 6º da Lei Anticorrupção Brasileira: a imposição de multa (inc. I) e o dever de publicação de extrato de sentença (inc. II), as quais podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. É importante lembrar, contudo, que, além dessas penalidades, a pessoa jurídica pode também sofrer punições decorrentes de atos de improbidade administrativa previstos na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações.

A multa prevista no inc. I, que tem natureza pecuniária, não poderá ser inferior à vantagem auferida com o ilícito (quando possível a estimação) e variará entre 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica deverão ser excluídos os tributos,

considerados os tributos nas três esferas do governo. Conforme arts. 17 e 18 do Decreto Federal Anticorrupção, deverão ser somados ou subtraídos percentuais sobre o faturamento, conforme segue:

- I. Agravantes (art. 17): (i) 1% a 2,5% havendo continuidade dos atos lesivos no tempo; (ii) 1% a 2,5% para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; (iii) 1% a 4% no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada; (iv) 1% para a situação econômica do infrator (com base na apresentação de índice de Solvência Geral – SG e de Liquidez Geral – LG); (v) 5% no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e (vi) no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão acrescidos percentuais de 1% a 5% conforme o valor do contrato.
- II. Atenuantes (art. 18): (i) 1% no caso de não consumação da infração; (ii) 1,5% no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa; (iii) 1% a 1,5% para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência; (iv) 2% no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e (v) 1% a 4% para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade eficaz. Quando não for possível aferir o faturamento da pessoa jurídica, a multa variará de R\$ 6 mil a R\$ 60 milhões. De toda forma, o valor total da multa poderá ser reduzido em até dois terços no caso de celebração de acordo de leniência (art. 16, § 2º).

Já a publicação de extrato de sentença, que tem efeito vexatório, deverá ser feita em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e, ainda, no estabelecimento do infrator, mediante a afixação de edital por 30 dias (no mínimo), em local visível, e em seu site na rede mundial de computadores. Numa primeira análise, pode parecer que esse tipo de sanção teria pouca consequência prática, na medida em que todos

os atos da Administração Pública têm que ser publicados para que produzam efeitos, ressalvadas exceções previstas em lei. No entanto, a publicação de decisão condenatória tem o condão de incluir a empresa no CNEP (Cadastro Nacional de Empresas Punidas), o que pode inviabilizar contratações públicas e obtenção de financiamento.

A aplicação das sanções administrativas previstas no art. 6º será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público e não excluirá, em nenhuma hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Na aplicação das sanções administrativas, serão levados em consideração: (i) a gravidade da infração; (ii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iii) a consumação ou não da infração; (iv) o grau de lesão ou perigo de lesão; (v) o efeito negativo produzido pela infração; (vi) a situação econômica do infrator; (viii) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; (viii) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; (ix) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados. Tais parâmetros foram regulamentados, em nível federal, pelo Decreto Federal Anticorrupção, em especial no que diz respeito aos requisitos mínimos e efetividade dos mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e conduta.

A apuração de responsabilidade administrativa deve ser feita em processo administrativo instaurado pela autoridade máxima de cada órgão dos três poderes do Estado, com possibilidade de delegação por lei. Conforme Decreto Federal Anticorrupção, “a competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou em caso da administração direta, do seu Ministro de Estado”. No âmbito do Poder Executivo federal, a Lei Anticorrupção Brasileira determina que a Controladoria-Geral da União terá competência concorrente para (i) instaurar processos administrativos de responsabilização; (ii) avocar processos instaurados com fundamento na Lei Anticorrupção Brasileira; (iii) apurar e julgar atos ilícitos praticados contra a Administração Pública estrangeira.

Sanções Judiciais

As sanções judiciais, previstas no art. 19 da Lei Anticorrupção Brasileira, são aquelas apuradas em ações judiciais que podem ser propostas pelas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como pelo Ministério Público.

As penalidades judiciais são de quatro espécies, conforme art. 19 da Lei Anticorrupção Brasileira: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (inc. I); (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (inc. II); (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica (inc. III); (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos (inc. IV).

A essas penalidades, soma-se o dever de reparação integral do dano causado, que não se configura como penalidade administrativa ou judicial, mas também impacta diretamente o patrimônio da pessoa jurídica infratora.

A primeira sanção judicial (perdimento dos bens, direitos ou valores) não configura novidade no Direito brasileiro. O Decreto-lei nº 3.240, de 8/5/1941, sujeitava a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública. Posteriormente, a Lei nº 3.502, de 21/1/1958, veio regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função pública. Na Lei de Improbidade Administrativa, foi prevista a hipótese de perda dos bens ou valores nos atos de improbidade administrativa que causa enriquecimento ilícito. Agora, as pessoas jurídicas que tenham obtido bens, direitos ou valores direta ou indiretamente provenientes de atos ilícitos da Lei Anticorrupção Brasileira estão sujeitas à perda de bens.

Os incisos II e III preveem a suspensão ou interdição de atividades, ou mesmo a dissolução compulsória. No caso do inc. III (dissolução compulsória), por ser penalidade muito severa, o § 1º estabelece requisitos para sua aplicação: se a personalidade jurídica for utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou se a pessoa jurídica tiver sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Trata-se de hipóteses de abuso de forma jurídica, em que a pessoa jurídica é constituída ou utilizada para a obtenção de fins ilícitos,

caracterizando o desvio de finalidade. É a hipótese, por exemplo, de pessoa jurídica fictícia, existindo só no papel para lavar dinheiro, fraudar credores ou ocultar patrimônio²⁴³.

Nota-se, porém, que os condicionantes do § 1º não são exigidos no caso do inciso II (suspensão ou interdição parcial de atividades), o que torna o dispositivo muito severo e pode levar à inviabilidade da empresa.

TOJAL²⁴⁴ entende que o art. 19, inc. II, é inconstitucional, pois tal sanção teria o condão de impedir o exercício de atividades lícitas, afrontando a liberdade de iniciativa e os princípios da ordem econômica. Segundo o autor, “no afã de perseguir mais rigorosamente o infrator, o legislador estabeleceu um equívoco [...] que padece do vício de inconstitucionalidade”. Uma vez que o inc. II (diferente do inc. III) não está abrangido pelas condicionantes do § 1º, “carece o dispositivo de balizas mínimas que autorizem a aplicação de penalidade tão severa. Na prática, essa punição irá impedir que a pessoa jurídica desenvolva sua função social”. Na argumentação de TOJAL, o inc. II não impõe o tempo máximo para a suspensão das atividades e a interdição significa interromper a atividade econômica para sempre, sendo, portanto, “irremediavelmente inconstitucional”.

Data maxima venia, não enxergamos o inc. II com vício de inconstitucionalidade no dispositivo legal em si. A (in)constitucionalidade de tal dispositivo deverá ser apurada no momento de sua aplicação. Espera-se que as autoridades judiciais venham a aplicar o inc. II para casos de inegável gravidade e abuso de forma, a exemplo do inc. III, possivelmente aplicando (*extra legem*) os condicionantes do § 1º, como elementos balizadores do seu poder decisório e da dosimetria da pena.

Como nos orienta GRAU²⁴⁵, não haverá necessariamente um choque entre uma regra dispositiva e um princípio jurídico em situações abstratas. A regra dispositiva é binomial (subsunção completa do fato à norma, ou não aplicação da norma), enquanto o princípio (“*princípio jurídico positivado*”, na expressão de GRAU) pode ser aplicado com diferentes intensidades, em função das circunstâncias, sendo possível a convivência de um

²⁴³ Exemplos de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 249.

²⁴⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Camargo. Da inconstitucionalidade da pena prevista no inciso ii do artigo 19 da Lei Anticorrupção. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, nº 125, dez. 2014.

²⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

princípio (ou vários princípios) e uma regra dispositiva, mesmo que não estejam plenamente alinhados, conforme juízo de ponderação do aplicador da lei.

Conforme NORONHA²⁴⁶, citando DWORKIN²⁴⁷, as regras jurídicas são aplicadas em estilo “tudo ou nada, de modo absoluto. Se ocorrem os fatos previstos numa regra e sendo ela válida, em qualquer caso deve ser aplicada”, sendo que os princípios jurídicos atuam de modo diverso. Os princípios têm uma dimensão de peso ou de importância que não ostentam as regras. Quando concorrem para a solução do caso vários princípios e regras jurídicas, “deverá o intérprete contrabalançar o peso de cada um deles, aplicando o de maior valoração”.

No caso do inc. II do art. 19, a ofensa ao princípio da função social da empresa somente poderia ser auferida no momento da sua aplicação no caso concreto, em função dos limites da sanção judicial, não sendo inconstitucional *a priori*. É que sempre haverá limites de razoabilidade de aplicação das sanções judiciais, a serem apurados caso-a-caso. Por exemplo, o entendimento do STF tem sido no sentido de impedir que o poder sancionatório seja exercido de forma não razoável. Pela Súmula nº 70, “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributos” e pela Súmula nº 323, “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Ou seja, a interdição de estabelecimento ou a apreensão de mercadorias não são ilegais *per se*, mas sim no contexto, se forem utilizadas como instrumento de pressão na cobrança de tributos.

Com relação ao inc. IV (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público), essa penalidade também não constitui novidade no Direito brasileiro, pois está prevista na Lei de Improbidade Administrativa (art. 12). Seria contrário aos princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade admitir que pessoa causadora de dano ao Poder Público ainda fosse beneficiada com benefícios dele recebidos.

Segundo art. 16, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, as penalidades do inciso II

²⁴⁶ NORONHA, Carlos Silveira. Distinção entre princípio, regra e norma-objetivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 29, p. 91, 2011.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously (rules, principles and policies)*. Londres: Duckworth, 1987.

(suspensão ou interdição) e do inciso IV (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções etc.) poderão ser excluídas em decorrência de celebração de acordo de leniência. Vale dizer, *a contrario sensu*, que todas as demais sanções previstas nos arts. 6º e 19 não poderão ser totalmente excluídas pelo acordo de leniência, somente minoradas.

Vale mencionar, por fim, que o art. 20 da Lei Anticorrupção Brasileira dispõe que o Ministério Público poderá aplicar, em sede judicial, as sanções administrativas previstas no art. 6º, quando houver omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa. A omissão pode ocorrer, por exemplo, tanto pela ausência de instauração do processo administrativo a partir do conhecimento do fato, quanto pelo escoamento imotivado dos prazos para sua conclusão e decisão²⁴⁸.

Além das sanções administrativas e judiciais da Lei Anticorrupção Brasileira, cabe mencionar que, no contexto de licitações, a Administração Pública pode impor a suspensão temporária do direito de licitar e contratar na esfera administrativa como a declaração de inidoneidade (art. 87, III e IV, da Lei nº 8.666/93). Além disso, em processo judicial e improbidade administrativa, poderá ser imposta a sanção de proibição de contratar com o Poder Público (art. 12, I a III, da Lei nº 8.429/92).

3.5.3 Comparativo com as sanções do FCPA e UKBA

Sanções do FCPA

O FCPA prevê sanções severas. A execução penal pelo Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) sujeita os infratores a uma multa de até US\$ 2 milhões para cada violação do dispositivo antissuborno e de até US\$ 25 milhões para cada violação do dispositivo contábil. Os tribunais também podem impor multas de até duas vezes o ganho pecuniário obtido em função do ato ilícito. As punições criminais são avaliadas usando as Diretrizes Sentenciais dos Estados Unidos (*U.S. Sentencing Guidelines*), que fornecem detalhes sobre como as agências calculam as penalidades. Os fatores que afetam o montante da penalidade incluem gravidade do crime, cooperação com a investigação, delação voluntária, existência de um programa de conformidade efetivo pré-existente e adoção de medidas corretivas.

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). *Lei anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 256.

Além disso, multas administrativas de até US\$ 16,000 por violação podem ser impostas pela SEC, incluindo a restituição dos ganhos pecuniários resultantes da violação. Sanções não-monetárias podem incluir a suspensão ou proibição de contratação com o governo federal, a suspensão ou revogação de privilégios de exportação, ou a imposição de um monitor ou consultor independente.

Sanções do UKBA

O UKBA, aplicável a empresas ou pessoas do Reino Unido, impõe penalidades mais severas e mais amplas que seu correspondente norte-americano (o FCPA), além de proibir a corrupção privada (pagamentos ilícitos a entidades privadas) e considerar ilícito o ato de receber propina, e não somente o ato de oferecer ou pagar.

Tanto as pessoas jurídicas como as pessoas físicas podem ser penalizados por violações do UKBA. A seção 11 do UKBA estabelece as penalidades por ilícitos de corrupção, cujo grau de severidade varia em função da magnitude do ilícito. As penalidades incluem, cumulativamente: (i) prisão de até 10 anos; (ii) multa pecuniária sem limite máximo; (iii) devolução de ganhos financeiros obtidos em função do ato ilícito; (iv) obrigação de implementar sistemas de prevenção e integridade e (v) inabilitação dos executivos envolvidos, proibindo-os de atuar como diretores de empresas inglesas por até 15 anos. Um desconto de até 50% nas penalidades poderá ser aplicado no caso de leniências (*deferred prosecution agreements*) e de até um terço no caso de confissão (*guilty plea*).

3.6 ACORDOS DE LENIÊNCIA

No sentido literal, o termo “leniência” denota noção de tolerância ou clemência, entrando no mundo jurídico como forma de aplicação de uma pena ou obrigação menos severa do que aquela que seria aplicável caso não houvesse cooperação voluntária. Acordos de leniência são ajustes por meio dos quais o Estado oferece isenção ou redução de penas a pessoas naturais ou jurídicas que, não obstante tenham praticado infrações à lei em vigor, optem por informar as autoridades, de maneira em geral espontânea, acerca dessas infrações, fornecendo provas que permitem a abertura de investigações ou mesmo a obtenção de condenações em relação a terceiros que tenham atuado como coautores da mesma conduta

ilícita condessada²⁴⁹. As justificativas principais para que o Estado celebre um acordo de leniência são a detenção de práticas ilícitas, a obtenção de provas, a eficiência e a efetividade investigativa, a economia processual, a cessão da infração, a sanção dos demais infratores, a reparação e ressarcimento do dano e a dissuasão de práticas ilícitas futuras²⁵⁰.

No plano internacional, acordos desse tipo têm sido utilizados nas últimas três décadas pelas autoridades de defesa da concorrência para viabilizar a detecção e punição de cartéis. Nos cartéis, a estratégia é usar incentivos financeiros e não-financeiros para estimular a quebra de cooperação por parte dos seus membros integrantes. Em outras palavras, os acordos de leniência exploram o dilema do prisioneiro enfrentado pelos cartéis, fazendo que a escolha pela colusão por todos os membros seja ótima, mas perigosa caso um deles resolva delatar. Assim, individualmente, a escolha pela delação passa a ser a segunda melhor alternativa para cada membro e ser delatado se apresenta como a pior de todas as alternativas disponíveis.

O mecanismo de leniência foi informalmente instituído nos Estados Unidos em 1978 e depois aprimorado e regulado na década de 1990, tendo se espalhado posteriormente por diversas outras jurisdições. O modelo de 1978 pecava por falta de segurança jurídica e parâmetros de aplicação, que vieram a ser objeto de reformas legislativas em 1993 e 1994. Na seara do Direito Antitruste, a falta de transparência e segurança jurídica para os potenciais colaboradores consistiu no principal entrave ao sucesso inicial dos programas de leniência e, assim que foram criados critérios objetivos para a concessão da leniência, com a garantia de imunidade total, o número de leniências aumentou muito. Em cascata, as autoridades conseguiram obter melhores proas e viabilizar condenações mais consistentes, com multas mais vultosas, e esse aumento retroalimentou o processo, aumentando o incentivo a novas empresas para buscarem leniências²⁵¹.

Em linha com a experiência internacional, o Direito brasileiro dispôs pela primeira vez sobre a figura a leniência em 2000, em matéria de defesa da concorrência, por meio da Medida Provisória nº 2.055, de 11/08/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149, de 21/12/2000. Esses normativos introduziram diversas alterações na Lei nº 8.884/94, que

²⁴⁹ Definição proposta por VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Acordos e leniência: a experiência nacional e internacional de combate a cartéis e sua transposição para o combate à corrupção no Brasil. corrupção: ensaios sobre a operação lava jato*. São Paulo: Marcial Pons, CEDPAL, 2019.

²⁵⁰ ATHAYDE, Amanda. *Manual dos acordos de leniência no Brasil*. Belo Horizonte, Forum, 2019, p. 30.

²⁵¹ BRODER, Douglas U.S. *Antitrust Law and Enforcement*. Oxford: OUP, 2010.

regulava o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência àquela época. Em 2011, ocorreu nova mudança legislativa, com a edição da Lei nº 12.529/2011, que entre outros assuntos estendeu os efeitos da imunidade penal decorrente da leniência antitruste aos demais crimes conexos à prática de cartel, tais como os crimes de associação criminosa e outros crimes previstos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1990).

Assim, o estágio atual da leniência antitruste garante imunidade total, tanto administrativa como penal (incluindo crimes conexos ao de cartel), às empresas e aos indivíduos delatores, desde que preenchidos certos requisitos objetivamente previstos em lei, vinculando as autoridades antitrustes e o Ministério Público, que participa como interveniente da leniência. Quando a leniência for celebrada por pessoa jurídica, seus efeitos podem ser estendidos às pessoas naturais. Como veremos adiante, os acordos de leniência da Lei Anticorrupção Brasileira não apresentam tais seguranças jurídicas, o que tem se apresentado um problema para o desenvolvimento do instituto no seu potencial pleno, fazendo com que alguns autores afirmem se tratar de “um auto-transplante mal sucedido”²⁵².

O acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Brasileira, por seu turno, beneficia apenas as empresas responsáveis pelos atos de corrupção e não se estende aos seus executivos, gestores e outras pessoas naturais. Tal leniência requer (i) que a empresa seja a primeira a delatar a infração, *quando isso for relevante*; (ii) a confissão da conduta e a prestação de informações; (iii) a colaboração durante o curso das investigações; (iv) a interrupção imediata da conduta ilícita. Cumpridos os requisitos, a leniência traz o benefício de redução de até 2/3 da multa, entre outros. Portanto a leniência da Lei Anticorrupção Brasileira guarda semelhança com a leniência antitruste do CADE, mas traz importantes diferenças²⁵³, como ilustrado a seguir²⁵⁴:

	Leniência Antitruste	Leniência Anticorrupção
Competência	Superintendência Geral do CADE.	CGU (no caso do Poder Executivo Federal) ou autoridade máxima do órgão afetado.

²⁵² VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 151.

²⁵³ Tentou-se mitigar essas desvantagens da leniência anticorrupção pela Medida Provisória nº 703/2015, que: (i) previa isenção completa da multa no caso do primeiro leniente; (ii) previa extensão dos efeitos com relação à Lei de Improbidade Administrativa e perante o Ministério Público; (iii) previa extensão a outros processos versando sobre ilícitos em licitações e (iv) previa devolução dos documentos e informações se as negociações não resultassem em acordo. Infelizmente, tal medida provisória não foi convertida em lei no prazo regular, e portanto deixou de valer.

²⁵⁴ Esquematização apresentada no formato de tabela em VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 152.

Efeitos Administrativos	Imunidade, caso o CADE não tenha iniciado a investigação formal da conduta.	Redução de até 2/3 das multas.
Abrangência	Condutas violadoras da lei antitruste e crimes conexos	Somente abrange os ilícitos administrativos da Lei Anticorrupção Brasileira.
Imunidade Penal das Pessoas Naturais	Prevista e garantida, inclusive para crimes conexos.	Não prevista e não garantida.
Interveniência do MP	Prevista.	Não prevista, mas recomendável.
Confidencialidade das Negociações	Prevista, com a proibição de uso das informações recebidas caso as negociações não sejam frutíferas.	Prevista, sem a proibição de uso das informações recebidas caso as negociações não sejam frutíferas.

Dados os defeitos e as limitações da leniência da Lei Anticorrupção Brasileira, a criatividade institucional floresceu no contexto da Operação Lava Jato e surgiu a figura de um acordo de leniência atípico, não previsto na Lei Anticorrupção Brasileira, firmado com o Ministério Público e homologado pelos juízes criminais em que tramitam as ações penais dos envolvidos na operação. Dessa forma, ainda que garanta proteção penal aos indivíduos que celebram o acordo ou aderem a ele, tal acordo atípico não afasta, por exemplo, ações cíveis movidas pelo Ministério Público Estadual, processos administrativos movidos pela CGU ao amparo da Lei Anticorrupção Brasileira, processos administrativos por violação às leis de licitação e concessões, processos administrativos pela prática de cartéis, processos administrativos junto à CVM ou ao Banco Central, entre outros tantos.

Como se nota abaixo, um ato de corrupção ou contrário à Administração Pública pode disparar diversas consequências jurídicas e pode ser objeto de investigação e punição por diversas autoridades²⁵⁵:

Sistema Normativo	Instituições Envolvidas	Principais Consequências e Penalidades
Lei Antitruste	CADE	Multas (até 20% do faturamento), proibição de contratar com o poder público, inscrição no CNDC, publicidade da condenação.
Lei Anticorrupção	CGU, órgãos administrativos	Multas (até 20% do faturamento),

²⁵⁵ Esquemática apresentada no formato de tabela em VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 160.

	máximos nas esferas estaduais e municipais, Poder Judiciário.	perdimento de bens, suspensão de atividades, proibição de subsídios e financiamentos, dissolução compulsória.
Lei de Licitações	TCU, TCE, TCM, CGU e Poder Judiciário	Multas, proibição de novos contratos com a Administração por até dois anos, declaração de inidoneidade, anulação do ato irregular.
Código Penal e Legislação Extravagante	Poder Judiciário	Multas, detenção, reclusão, ressarcimento de prejuízos, perdimento de bens.
Lei de Improbidade Administrativa	Poder Judiciário	Multa de até três vezes o valor da vantagem auferida, perdimento de bens, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público.
Lei de Concessões	TCU, TCE, TCM, CGU e Poder Judiciário	Caducidade, rescisão ou anulação da concessão.
Legislação Societária e do Mercado de Capitais	CVM e Poder Judiciário	Responsabilização dos administradores e acionistas, indenização por prejuízos no mercado bursátil, ações de indenização contra a sociedade, advertência, multa, suspensão ou inabilitação para o exercício do cargo.
Legislação Civil em Geral	Poder Judiciário	Ressarcimento de danos materiais e morais.

Configura-se, portanto, um verdadeiro quebra-cabeça com múltiplas normas, autoridades e penalidades que precisam ser levadas em consideração pelos entes lenientes antes de procederem com seus acordos de leniência. Não há, no sistema brasileiro atual, nenhum instrumento legal capaz de fornecer proteção a uma empresa delatora contra todas as possíveis penas associadas a uma conduta ilícita. Não há a figura do “*one stop shop*”, a quem o leniente possa procurar do outro lado do balcão para comunicar e resolver definitivamente suas violações decorrentes de corrupção ou atos lesivos à Administração

Pública. Ao contrário! A celebração de leniência com determinada autoridade que implique confissão de ilícitos resultará em prova contra a empresa delatora perante todas as demais autoridades, reduzindo tremendamente os incentivos para uma colaboração espontânea.

Em 6 de junho de 2020, a Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal divulgou a Nota Técnica nº 1/2020²⁵⁶, sobre termos de adesões²⁵⁷ ou subscrições de pessoas físicas em acordos de leniência firmados com a instituição, com o objetivo de “orientar a atuação dos procuradores da República em negociações envolvendo pessoas ligadas a empresas que firmaram acordos com o MPF e resguardar a isonomia na concessão de benefícios, garantindo maior segurança jurídica na matéria”. O documento traz orientações sobre acordos de leniência celebrados com pessoas jurídicas e adesão de pessoas físicas, com repercussões criminais, bem como uma abordagem geral sobre a competência jurisdicional de homologação desse tipo de acordo. A nota destaca ainda a admissibilidade das adesões de pessoas físicas em acordos de leniência em face da alteração da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime)²⁵⁸. Anteriormente, vários acordos de leniência já contavam com a participação de pessoas físicas (ou pelo menos com a possibilidade expressa de adesão posterior por pessoas físicas), tais como os acordos de SOG (2014), Camargo Corrêa (2015), Andrade Gutierrez (2016), Braskem (2016)²⁵⁹ e J&F (2017). A possibilidade de adesão individual ao acordo de leniência por pessoa física vinculada à empresa colaboradora serve para ampliar o conhecimento investigatório dos fatos ilícitos abarcados pelo acordo, ou, mesmo, outros nele não divulgados e que sejam de conhecimento do aderente.

3.6.1 Acordos de leniência e a pandemia do COVID-19

Com a declaração de uma pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial da

²⁵⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica nº 01/2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgf/documentos/05.05.RedaoFinalNTALcomAdesoesLTIMAVERSO.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁵⁷ O termo de adesão constitui um desdobramento do acordo de leniência originário, firmado com os mesmos fundamentos jurídicos deste, com processamento mais célere, já que inserido no marco de negociação já estabelecida e acordo prévio já formalizado (acordo-quadro).

²⁵⁸ A Lei de Improbidade Administrativa foi alterada pela Lei nº 13.964/2019, que alterou a redação do parágrafo 1º do artigo 17, bem como incluiu o parágrafo 10-A. Pela redação originária, estabelecia-se que era vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*. Com a nova redação, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

²⁵⁹ Possíveis aderentes ao acordo de leniência da Braskem são prepostos, empregados, administradores, dirigentes, terceiros contratados, incluindo fornecedores de bens e prestadores de serviços, desligados ou não, da pessoa jurídica colaboradora.

Saúde no início de 2020, o Governo Federal solicitou ao Congresso Nacional o reconhecimento de estado de calamidade pública e, na mesma linha, o Governador do Estado de São Paulo decretou medidas de caráter temporário e emergencial para a prevenção do contágio pelo novo coronavírus (Decreto nº 64.864, de 16 de março). As prefeituras de São Paulo e Belo Horizonte declararam situação de emergência e determinaram o fechamento do comércio, incluindo bares, restaurantes e shopping centers, com algumas exceções. Por causa da acelerada difusão do vírus e das respostas emergenciais das autoridades públicas, o mundo sofre impactos severos na economia e, conseqüentemente, as empresas também são fortemente afetadas pela COVID-19.

Nesse contexto, muitas empresas poderão se encontrar impossibilitadas de cumprir seus acordos de leniência firmados com a CGU, Ministério Público, AGU e outras autoridades no tocante a violações da Lei Anticorrupção Brasileira. Seria possível invocar a configuração da hipótese de força maior ou onerosidade excessiva, entre outros eventos excludentes de responsabilidade?

Em primeiro lugar, entendemos que o acordo de leniência é um negócio jurídico de execução continuada com potencial de protrair suas conseqüências no tempo e, assim, não deve fugir aos dispositivos do Código Civil que permitem revisitação das obrigações assumidas em razão de fatos supervenientes. Em princípio, parece possível classificar a COVID-19 como um evento extraordinário e imprevisível, que não poderia ter sido contemplado pelos contratantes no momento da assinatura do contrato, configurando uma situação de caso fortuito ou força maior (artigo 393 do Código Civil). Verificando-se onerosidade excessiva com vantagem extrema para uma das partes em detrimento da outra, a parte prejudicada poderá requerer judicialmente a resolução do contrato (artigo 478 do Código Civil) ou o reequilíbrio econômico do contrato (artigos 317 e 479 do Código Civil). Além disso, poderia se invocar o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, com assento constitucional (artigo 37, XXI, da Constituição) e detalhamento pelos artigos 57, § 1º, 58, I e § 2º, e 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/1993, e 9º, § 2º, da Lei nº 8.987/1995.

Discutido o assunto sob a perspectiva do negócio jurídico obrigacional, também é importante analisar o tema pelo prisma do direito administrativo sancionador, que contém princípios que visam a evitar punições desproporcionais, ainda que essa desproporcionalidade se dê de forma superveniente. A própria Lei Anticorrupção Brasileira,

ao dispor sobre as sanções cabíveis em processo administrativo de responsabilização, prevê em seu artigo 7º critérios para dosimetria, entre eles valendo destacar o inciso VI, que cuida da situação econômica do infrator.

Vale lembrar que as sanções pecuniárias versadas em acordo de leniência levam em consideração a viabilização da continuidade da pessoa jurídica, seja por sua função social (postos de trabalhos, credores, impostos), seja para que garantam condições para que ela possa fazer frente às obrigações que assumiu na leniência²⁶⁰.

Nessa linha, o artigo 16, § 4º, da Lei Anticorrupção Brasileira enuncia que o acordo de leniência deverá estabelecer “condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”. Vale dizer, o ajuste deve projetar sua existência no tempo e endereçar possíveis problemas, de modo a assegurar a consecução de seu fim. A obrigação tornada supervenientemente insuportável que possa levar um leniente à falência prejudicará a efetividade do acordo.

Não estamos, de forma alguma, defendendo que as sanções dos acordos de leniência firmados nos últimos anos devam ser necessariamente reduzidas. Pensamos, no entanto, que será necessário analisar caso-a-caso o impacto da COVID-19 na capacidade financeira de cada ente leniente de modo a recompor os parâmetros punitivo-pedagógicos que possam ter sido alterados. Em outras palavras, não se trará de comutação, anistia ou redução generalizada de pena, mas sim de adequação decorrente de eventos extraordinários e imprevisíveis que acabem por agravar a obrigação convencionada.

A necessidade de reequilibrar acordos de leniência após sua celebração não é nova e já encontra parâmetros do *Department of Justice* nos Estados Unidos da América.

Em outubro de 2019, o *Department of Justice* emitiu novas orientações aos promotores (*DOJ Guidance*) sobre medidas a serem tomadas quando as empresas lenientes encontram-se impossibilitadas de pagar suas multas de leniência por dificuldades financeiras. Os promotores deverão considerar quatro fatores: (i) a situação financeira da empresa leniente e as causas de sua dificuldade financeira; (ii) a capacidade da empresa

²⁶⁰ Citamos a exposição de motivos (EMI n. 00207/2015 MP/AGU/CGU/MJ) da Medida Provisória n. 703/2015: “Assim, em razão da urgência de se contar com procedimentos mais céleres para firmar acordos de leniência e salvaguardar a continuidade da atividade econômica e a preservação de empregos é que se faz necessária a edição desta Medida Provisória, de texto análogo ao já aprovado pelo Senado Federal”.

leniente de acessar fontes de capital e obter empréstimos e financiamentos; (iii) os efeitos negativos da falência ou recuperação judicial da empresa leniente; (iv) a eventual situação de que o pagamento das multas impedirá a empresa leniente de pagar as indenizações às vítimas dos atos de corrupção.

4 IMPACTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA NOS GRUPOS EMPRESARIAIS

Nenhum segue mais leis que as da conveniência própria. Imaginar o contrário é querer emendar o mundo, negar a experiência e esperar impossíveis. (Padre Antônio Vieira²⁶¹)

Sabemos que o sistema de combate à corrupção é composto por diversos microssistemas interligados: a Lei Anticorrupção Brasileira, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei de Licitações, o Código Penal, a Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei das Organizações Criminosas, as convenções internacionais (Convenção de Palermo, Convenção de Mérida, Convenção da OCDE, a Convenção da OEA Contra a Corrupção), entre outros. Esses microssistemas devem funcionar de maneira coordenada e eficiente para prevenir, desestimular e conter atos de corrupção; reparar os danos causados à Administração Pública, às empresas e à sociedade; identificar e sanar as causas dos atos ilícitos; punir as pessoas envolvidas; estimular a cultura de integridade, ética e respeito à lei, entre outros propósitos. No entanto, o sistema de sistema de combate à corrupção também deve se preocupar com a preservação da empresa, com base nos princípios da função social da propriedade (incluindo a função social da empresa), que é princípio constitucional da nossa ordem econômica pátria. Afinal de contas, numa economia capitalista como a nossa, a empresa é fonte de riqueza, empregos, tributos e desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, se por um lado a corrupção traz custos para a sociedade, para as empresas e para o mercado, e por isso deve ser combatida, por outro lado, a política de combate à corrupção deve seguir uma lógica de atendimento ao interesse público, na medida em que sopesse os custos e benefícios, de curto, médio e longo prazos.

Empresas que enfrentem episódios esporádicos de corrupção devem ser penalizadas, sem dúvida, mas não exterminadas, exceto em casos extremos de corrupção sistêmica ou generalizada. É preciso verificar se os atos de corrupção fazem parte do modelo de negócio da empresa (e por isso ela seria irrecuperável, pois teria um modelo de negócios insustentável) ou se configuram desvios isolados e remediáveis na organização. Nos casos

²⁶¹ VIEIRA, Padre Antônio. *Obras inéditas*. Tomo I. Lisboa: Editores J.M.C. Seabra e T.Q. Antunes, 1856, p. 31.

de empresas que enfrentam corrupção não-estrutural e sanável, mecanismos de justiça negociada, como os acordos de leniência e colaboração, monitoria independente, alienação de ativos, troca de controle, entre outros, podem e devem ser utilizados no processo de saneamento.

Pretendemos, neste capítulo, ilustrar os custos de não-conformidade que a corrupção traz para a sociedade em geral e para as empresas, especificamente, e depois analisar os efeitos da aplicação do sistema de combate à corrupção aos grupos empresariais e a interação com o Direito Comercial.

4.1 CUSTOS DE NÃO-CONFORMIDADE

Sabemos que a corrupção traz custos relevantes, da ordem de US\$ 3 trilhões ao ano globalmente²⁶² e de dezenas de bilhões ao ano no Brasil, que são suportados pela sociedade em geral, pelas empresas, pelos investidores, pelos cofres públicos e, ao final, pela população. Neste capítulo, vamos analisar os principais custos gerados pela corrupção.

4.1.1 Custos para a sociedade

Diversos autores já analisaram o fenômeno da corrupção do ponto de vista do desenvolvimento econômico, inclusive com pesquisas empíricas e dados estatísticos. A corrupção traz impactos no setor privado (tais como desequilíbrio concorrencial, aumento de preços, diminuição de investimentos, baixo crescimento econômico, desestímulo à inovação, concorrência desleal etc.) e no setor público (tais como desvio de recursos públicos, empobrecimento do Estado, sucateamento do serviço público, aumento das desigualdades, falta de recursos para serviços essenciais de saúde, educação, segurança e saneamento etc.).

Hoje existe um consenso em torno dos efeitos negativos da corrupção. Todavia, por algum tempo, acreditou-se que algumas práticas corruptas não seriam deletérias, ao contrário, poderiam até mesmo produzir riquezas e bem-estar coletivo. Na visão de alguns economistas, a corrupção poderia até mesmo aumentar a eficiência alocativa, na medida em que o custo de transação representado pelo suborno poderia ser menor que o custo de transação da burocracia e da barreira regulatória, correlacionando crescimento econômico

²⁶² Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/Artigo/200/%E2%80%98Ha-sempre-um-ser-humano-por-tras-da-corruptao>. Acesso em: 13 jun. 2019.

acelerado de alguns países com a corrupção em nível endêmico. Predominou, por certo período, uma visão funcionalista que via na corrupção uma forma alternativa e socialmente legítima de interlocução em que os agentes econômicos articulariam seus interesses junto aos agentes políticos com o arrefecimento de clivagens sociais²⁶³.

A partir do final dos anos 1970, uma grande quantidade de estudos passou a tratar das distorções e efeitos deletérios da corrupção para a economia, como um gargalo para o desenvolvimento econômico²⁶⁴. Passou a ficar claro que a corrupção trazia altos custos para a sociedade, entre eles a desigualdade de renda, a pobreza, baixa expectativa de vida e taxas reduzidas de crescimento. Esses estudos serviram de embasamento para reformas institucionais globais para combater a corrupção.

A pesquisa de MAURO, por exemplo, concluiu que a corrupção tem um impacto negativo relevante no nível de investimentos em determinada economia e nas despesas públicas em educação, portanto resultando em menor crescimento econômico. Nas palavras do autor:

Corruption is found to lower investment, thereby lowering economic growth [...] In particular, there is evidence that bureaucratic efficiency may be at least as important a determinant of investment and growth as political stability [...] more specifically, this paper has presented new, tentative evidence of a negative and significant relationship between corruption and government expenditure on education, which is a reason for concern, since previous literature has shown that educational attainment is an important determinant of economic growth.²⁶⁵

Os economistas apresentam três argumentos principais a respeito dos efeitos danosos da corrupção. Em primeiro lugar, conforme GETZ e VOLKEMA²⁶⁶, a corrupção representa um desestímulo ao investimento, uma vez que aumenta o risco e a incerteza a serem enfrentados por potenciais investidores e aumenta os custos de fazer negócios em determinada economia. Em segundo lugar, conforme GOUDIE e STASAVAGE²⁶⁷, a

²⁶³ LEFF, Nathaniel H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*, v. 8, n. 3, 1964.

²⁶⁴ Esses trabalhos encontram-se bem resumidos em ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. Nova York, Londres: Academic press, 1978; ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia da política da corrupção*. ELLIOT, Kimberly Ann (org.). Brasília: UnB, 2002.

²⁶⁵ MAURO, Paolo. Corruption and growth. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n° 3, p. 681-712, 1995; MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth, investment, and government expenditure. *International Monetary Fund Working Paper*, September 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994. Acesso em: 16 jan. 2019.

²⁶⁶ GETZ, K.A.; VOLKEMA, R.J. Culture, perceived corruption and economics. *Business and Society*, vol. 40, p. 7, 2001.

²⁶⁷ GOUDIE, Andrew; STASAVAGE, David. *Corruption: the issues*. Working Paper n. 122, Organization for Economic Cooperation and Development, Paris, 1997.

corrupção cria distorções econômicas, já que os recursos destinados ao pagamento de propinas são alocados para um uso ineficiente do ponto de vista econômico e poderiam ser empregados para o crescimento econômico. Por fim, a corrupção cria desequilíbrios competitivos que impactam a livre concorrência e acabam por premiar injustamente os atores econômicos menos eficientes.

Analisando o coeficiente GINI de diversos países, BREMPONG e CAMACHO²⁶⁸ correlacionam corrupção com desigualdade social, na medida em que, por meio de pesquisa empírica, concluem que, quanto maior o nível de corrupção de determinado país, maior é a desigualdade social medida pelo coeficiente GINI, fato esse destacado mais claramente nos países da América Latina e da África.

A pesquisa de ROBERTSON e WATSON²⁶⁹ confirma a hipótese de que, quanto maior e mais rápido for o crescimento do investimento estrangeiro em determinado país, maior será o crescimento dos níveis de corrupção, já que um fluxo maior de recursos representará maior oportunidade de pagamentos ilícitos. Nesse sentido, países que experimentem ciclos acelerados de crescimento devem redobrar seus esforços no combate à corrupção.

HINES²⁷⁰ estudou o impacto no nível de investimento de recursos provenientes dos Estados Unidos da América em países estrangeiros após a introdução do FCPA em 1977, concluindo que a legislação americana reduziu significativamente o volume de investimentos e negócios norte-americanos em países que praticam ou toleram corrupção.

Pesquisa de MURPHY, SCHLEIFER e VISHNY²⁷¹ correlaciona a corrupção com o impacto na alocação de talentos: em países com corrupção tolerada e lucrativa, os melhores

²⁶⁸ BREMPONG, Kwabena; CAMACHO, Samaria. Corruption, growth, and income distribution: are there regional differences? *Economics of Governance*. 7. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24054266_Corruption_Growth_and_Income_Distribution_Are_the_re_Regional_Differences. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁶⁹ ROBERTSON, Christopher; WATSON, Andrew. Corruption and change: the impact of foreign direct investment. *Strategic Management Journal*, Boston MA, n° 25, College of Business Administration, Northwestern University, p. 385-396, 2004.

²⁷⁰ HINES, James R. Jr. *Forbidden payment: foreign bribery and american business after 1977*. Cambridge MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 1995. O autor mediu os níveis de atividade econômica em determinados países propensos à corrupção e concluiu que investimentos americanos reduziram em quatro áreas: investimento estrangeiro direto, investimento em recursos humanos (educação, pesquisa e treinamento), joint-ventures e exportação de aeronaves.

²⁷¹ MURPHY, Kevin; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Allocation of talent: implications for growth. *Quarterly Journal of Economics*, p. 106, 1991.

talentos tenderão a serem alocados em funções governamentais em que a corrupção pode ser mais bem explorada, em comparação com trabalho produtivo no setor privado.

A corrupção também gera a perda de tributos, uma vez que os recursos ilicitamente obtidos e ocultados geralmente escapam da tributação, e, conseqüentemente, gera impactos negativos no orçamento público²⁷².

Ao fim e ao cabo, na perspectiva do *homo oeconomicus* racional, a corrupção se orienta por um cálculo racional acerca dos custos e benefícios da violação das regras, o que se faz em consonância com a análise da estrutura normativa de incentivos existentes em determinada ordem social. Se a possibilidade de descoberta e punição é diminuta, sendo potencialmente alta a recompensa do ato ilícito, o comportamento individual maximizado dos próprios interesses torna-se dominante e endêmico. A corrupção endêmica, por seu turno, desloca esforços para atividades improdutivas de *rent-seeking*, com a apropriação de rendas e riquezas que não se produziram, com prejuízo ao desenvolvimento econômico.

Por vezes, políticas redistributivas para a correção de desigualdades acabam utilizadas como retórica e suporte para a prática de mais corrupção, estabelecendo um círculo vicioso de subdesenvolvimento^{273_274}.

4.1.2 Custos para as empresas

Os custos de não-conformidade e as conseqüências por violações das normas anticorrupção podem ser devastadores para as empresas. Para o público em geral, que acompanha notícias de punições pela imprensa, pode parecer que as multas aplicadas pelas autoridades governamentais ou valores envolvidos em acordos de leniências representam os maiores desembolsos pelas empresas envolvidas. Na verdade, como se verá a seguir, as multas e leniências representam a menor parte das conseqüências financeiras adversas que

²⁷² MAURO, Paolo. The effects of corruption on growth, investment, and government expenditure. *International Monetary Fund Working Paper*, September 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994. Acesso em: 16 jan. 2019.

²⁷³ YOU, Jong-sung; KHAGRAM, Sanjeev. A comparative study of inequality and corruption. *American Sociological Review*, vol. 70 (February: 136-157), 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2505598>. Acesso em: 05 abr. 2018

²⁷⁴ CASTRO, Leonardo Bellini de. *Impactos sistêmicos e transversais na lei anticorrupção*. 2018. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018; COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989, 2002, p. 41.

uma empresa pode sofrer.

KOEHLER²⁷⁵ divide os custos financeiros incorridos por violações das normas anticorrupção em algumas categorias: (i) custos de investigação e defesa incorridos no curso de um procedimento sancionatório; (ii) multas, penalidades e pagamentos decorrentes dos acordos de leniência; (iii) custos de aprimoramento e monitoramento posteriores a um procedimento sancionatório ou leniência; (iv) perda de valor de mercado; (v) custo de financiamento e obtenção de capital; (vi) custos com ações judiciais de indenização de investidores; (vii) custos de gestão e perda de negócios.

De acordo com o setor de Anticorrupção e Transparência do Pacto Global da ONU²⁷⁶, em 2014 a corrupção correspondeu a US\$ 3 trilhões, ou 5% do PIB mundial, onerando em 10% o custo dos negócios no mundo. Se esse valor representasse o PIB de um país, ele seria a sexta maior potência econômica global, atrás apenas dos Estados Unidos, China, Japão, Alemanha e Reino Unido²⁷⁷. O Banco Mundial estima perdas globais de US\$ 1 trilhão de dólares ao ano²⁷⁸.

Analisando os custos da corrupção no Brasil, a FIESP²⁷⁹ afirma que:

Este estudo conclui que o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (em reais de 2008).

Se o Brasil possuísse um nível de percepção da corrupção igual à média desses países de 7,45, o produto per capita do país passaria de US\$ 7.954 a US\$ 9.184, ou seja, um aumento de 15,5% na média do período 1990-2008 (equivalente a 1,36% ao ano). Isto corresponde a um custo médio anual da corrupção estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008). Se o controle da corrupção fosse ainda mais rigoroso, estima-se que todos os recursos liberados da corrupção para as atividades produtivas (isto é, o custo médio anual da corrupção) chegue a R\$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes 2,3% do PIB.

²⁷⁵ KOEHLER, Mike. Foreign corrupt practices act ripples. *American University Law Review*, vol. 3, p. 291, 2010.

²⁷⁶ Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/Artigo/200/%E2%80%98Ha-sempre-um-ser-humano-por-tras-da-corrupcao>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁷⁷ Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/12/1571041-us-26-trilhoes-sao-roubados-por-meio-de-corrupcao-todos-os-anos>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁷⁸ Disponível em: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,contentMDK:20190295~menuPK:34457~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁷⁹ FIESP – FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Março de 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 13 jun. 2019.

Para fins de magnitude, esse custo anual de R\$ 41,5 bilhões consumido pela corrupção representaria, em 2008: (i) 27% do valor que o setor público gasta com educação; (ii) 40% do orçamento total com saúde; (iii) 105% dos gastos com segurança pública. É possível afirmar ainda que o custo médio da corrupção representa 2,3% do consumo das famílias. Em outro exemplo, o orçamento do SUS (Sistema Único de Saúde) em 2007 foi de aproximadamente R\$ 41,3 bilhões²⁸⁰. Com esse montante, o SUS mantém 367,4 mil leitos de internação. Se o montante médio anual gasto com a corrupção no Brasil fosse aplicado à saúde, seria possível manter mais 327 mil leitos, chegando a um total de quase 700 mil leitos de internação. Em outro exemplo, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) previa, naquela época, que seriam necessários R\$ 33,4 bilhões para a construção de 45,3 mil quilômetros de rodovias. Se aplicássemos o valor do custo médio anual da corrupção na construção das rodovias, seria possível construir 56,3 mil quilômetros, isto é, todos os projetos levantados pelo PAC e ainda sobriam mais 11 mil quilômetros²⁸¹.

Da mesma forma, a FIESP²⁸² afirma relaciona os efeitos econômicos da corrupção no Brasil, quando comparados a países selecionados²⁸³:

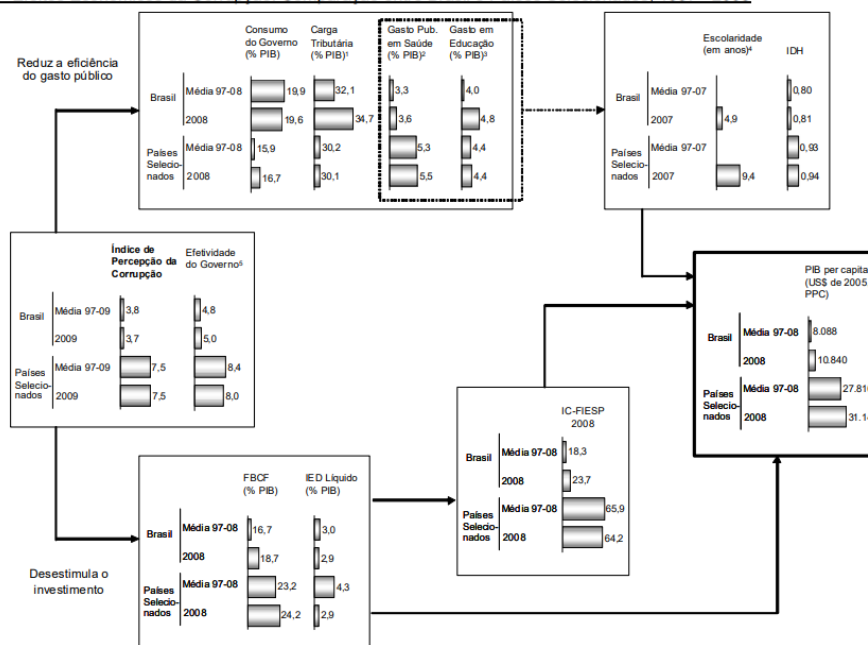
²⁸⁰ Dado do SIOPS, correspondentes ao Fundo Nacional da Saúde, que é o gestor financeiro, na esfera federal, dos recursos do SUS.

²⁸¹ FIESP – FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Março de 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁸² FIESP – FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. Março de 2010. Disponível em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 13 jun. 2019.

²⁸³ A amostra de países selecionados é composta por 12 nações que representam níveis de corrupção inferiores ao Brasil. Fazem parte desse grupo Coreia do Sul, Costa Rica, Japão, Chile, Espanha, Irlanda, Estados Unidos, Alemanha, Austrália, Canadá, Cingapura e Finlândia.

Quadro 1 – Efeitos Econômicos da Corrupção: Comparação entre Brasil e Países Selecionados, 1997 - 2008



No contexto de uma investigação anticorrupção iniciada por autoridades governamentais, as *despesas legais de investigação e defesa* começam a se acumular rapidamente. Por exemplo, a fabricante de cosméticos Avon iniciou uma investigação interna sobre alegadas irregularidades na China, que logo se alastrou para outros países de sua atuação, para resultar em seis anos de trabalhos de investigação ao custo total de US\$ 350 milhões. De forma similar, Wal-Mart iniciou uma investigação interna sobre alegadas irregularidades no México que se alastrou para outros países e resultou em despesas legais de US\$ 249 milhões²⁸⁴. Isso ocorre porque, geralmente, uma vez detectada e reportada uma irregularidade, as autoridades governamentais exigem que as empresas façam uma investigação abrangente, envolvendo todas as suas unidades de negócios e todos os seus países de atuação, para se certificarem de que irregularidades semelhantes não ocorrem em outros setores ou localidades da empresa. Essas megainvestigações, ao custo de milhões de dólares, são criadas e incentivadas por uma indústria de advogados, auditores e investigadores forenses que veem uma fonte interminável de receitas por investigações que parecem não ter conclusão, com escopo e cronograma cada vez mais alargados. Não raramente, os custos de investigação e defesa chegam a superar, em diversas vezes, as multas aplicadas ou os pagamentos em acordos de leniência. Conforme matéria do *Wall Street Journal*, “The FCPA has become big business for the lawyers who delve into the operations

²⁸⁴ Conforme KOEHLER, Mike, op. cit., p. 295, baseado em divulgações oficiais das empresas nos seus relatórios trimestrais (Form 10-Q) fornecidos à SEC.

of companies in response to an investigation by the Justice Department and the Securities and Exchange Commission – or to avoid one. The result is a mini-industry of investigations and white-collar criminal law practices”²⁸⁵. KOEHLER, por exemplo, estima que tais custos de investigação e defesa costumem superar em 10 vezes o valor das multas e leniências²⁸⁶.

As investigações governamentais podem resultar na imposição de multas, mas na grande maioria das vezes (senão sempre), são resolvidas por *acordos de leniência*, “*deferred prosecution agreements* ou *non-prosecution agreements*”. Nos Estados Unidos, por exemplo, os maiores pagamentos resultantes de *deferred prosecution agreements* ou *non-prosecution agreements* no contexto de FCPA foram Ericsson (US\$ 1,06 bilhão em 2019), Mobile TeleSystems (US\$ 850 milhões em 2019), Siemens (US\$ 800 milhões em 2008), Halliburton (US\$ 579 milhões em 2009), Total (US\$ 398 milhões em 2013), Alcoa (US\$ 384 milhões em 2014), Snamprogetti/ENI (US\$ 365 milhões em 2010), Technip (US\$ 338 milhões em 2010), JGC (US\$ 219 milhões em 2011), Daimler (US\$ 185 milhões em 2010) e Alcatel-Lucent (US\$ 137 milhões em 2010).

No Brasil, citamos as seguintes leniências relevantes: J&F Investimentos (R\$ 10,3 bilhões em 2017), Odebrecht (R\$ 3,8 bilhões em 2017), Braskem (R\$ 2,8 bilhões em 2019), Grupo OAS (R\$1,9 bilhão em 2019), Andrade Gutierrez (R\$ 1,5 bilhão em 2016), Camargo Correa (R\$ 1,4 bilhão em 2019), SBM Offshore (R\$ 1,3 bilhão em 2018), Rolls Royce (R\$ 81 milhões em 2017), Mullen Lowe (R\$ 50 milhões em 2015) e Gol (R\$ 12 milhões em 2016).

Numa era em que as investigações anticorrupção acabam resultando em acordos de leniência, *deferred prosecution agreements* ou *non-prosecution agreements*, é muito comum que as empresas adotem *compromissos pós-investigação que perduram por anos*, muitas vezes exigindo a implementação ou melhoria de programas de integridade, elaboração e apresentação de relatórios às autoridades, expansão dos investimentos nos departamentos de *compliance* (incluindo treinamento), criação de canais de denúncia, contratação de monitores independentes ou consultores especiais, entre outras medidas. Esses compromissos exigem milhares de horas de trabalho e resultam em despesas de dezenas de

²⁸⁵ *Wall Street Journal*, matéria de 2 de outubro de 2012. Disponível em: <http://online.wsj.com/news/articles/SB10000872396390443862604578028462294611352>. Acesso em: 16 jan. 2019.

²⁸⁶ Conforme KOEHLER, Mike, op. cit., p. 296.

milhões de dólares.

Em muitos casos, as autoridades exigem a contratação de monitores independentes²⁸⁷. Conforme o FCPA Guidance do DOJ/SEC, um monitor independente é um terceiro independente que avalia os sistemas de *compliance* de uma empresa, testa a aderência de seus negócios a esses sistemas e atesta o cumprimento dos compromissos firmados com as autoridades nos *deferred prosecution agreements* e *non-prosecution agreements*. O monitor independente normalmente conta com uma equipe de profissionais e consultores, internos e externos, para desenvolver suas atividades, a um alto custo financeiro²⁸⁸. De acordo com o FCPA Guidance do DOJ/SEC, a necessidade de um monitor independente depende de uma série de fatores, entre eles: (i) a gravidade do ato ilícito; (ii) a duração da irregularidade; (iii) a presença generalizada, de forma sistêmica, da irregularidade na empresa (inclusive quando a irregularidade ocorre em múltiplas localidades e linhas de negócios); (iv) a natureza dos negócios, o nível de regulamentação e o envolvimento com setores governamentais; (v) a qualidade dos programas de integridade existentes; (vi) os esforços de remediação adotados.

Violações de leis anticorrupção e investigações e penalidades daí decorrentes podem impactar drasticamente o valor de mercado das empresas. No caso de companhias abertas com valores mobiliários listados em bolsa, seu valor de mercado (*market capitalization*) é calculado multiplicando-se o número de ações em circulação pela cotação das suas ações em bolsa. Uma vez que notícias sobre violações de leis anticorrupção e instaurações de investigações podem acarretar na queda da cotação das ações em bolsa, o *valor de mercado da empresa será conseqüentemente impactado*. Por exemplo, quando a notícia sobre a investigação de FCPA no Wall-Mart foi divulgada no *New York Times*, o preço de sua ação caiu 4,7% e continuou a cair nos pregões subsequentes, representando uma perda de valor de aproximadamente US\$ 20 bilhões.

No Brasil, as investigações da Operação Lava Jato (incluindo o *impairment* de R\$ 16 bilhões em 2015 e o acordo de US\$ 10 bilhões em um *class action* nos Estados Unidos

²⁸⁷ Conforme KOEHLER, op. cit., o Department of Justice exigiu a contratação de monitor independente em aproximadamente 35% e 55% de seus acordos nos anos de 2012 e 2013, respectivamente. Por conta de pressão das empresas e profissionais de *compliance*, que alegam que os custos de um monitor independente são excessivos e não justificam seus resultados, esse percentual tem sido reduzido drasticamente em anos mais recentes.

²⁸⁸ WARIN, Joseph. Somebody is watching me: fcpa monitorships and how they can work better. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 13, p. 321, 2011.

em 2016), cumuladas com outros fatores, fizeram com que o valor de mercado da Petrobras diminuísse de R\$ 380 bilhões em 2010 para R\$ 120 bilhões em 2016.

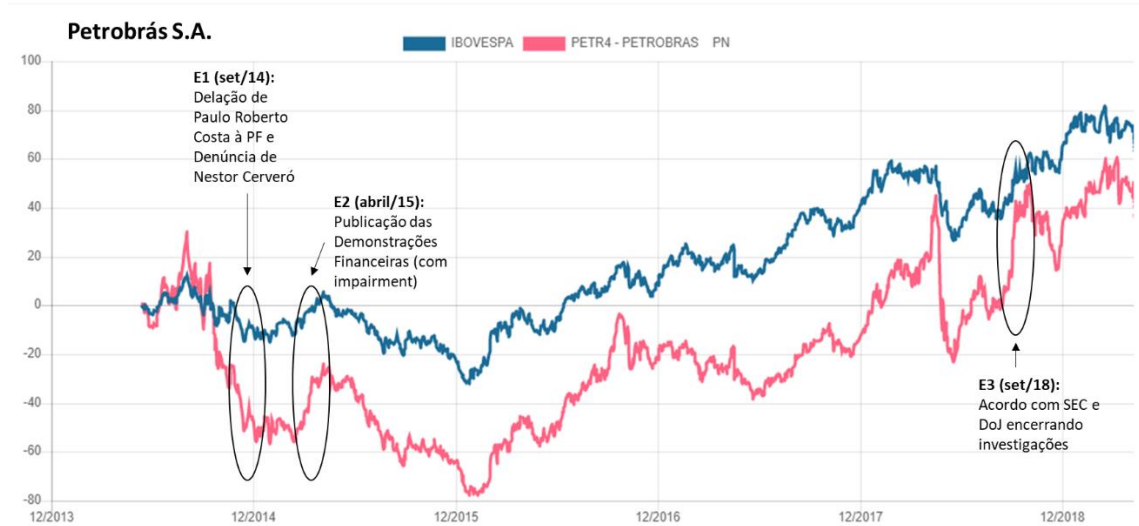


Figura: O Evento 1 (set./2014) ilustra a queda abrupta do preço das ações da Petrobras na data da delação de Paulo Roberto Costa à Polícia Federal e da denúncia de Nestor Cerveró, Diretor Internacional, queda essa que foi muito superior à queda do Ibovespa no mesmo período, mostrando o impacto negativo da Lava Jato no valor de mercado da empresa. Por outro lado, o Evento 2 (abril/2015) e o Evento 3 (setembro/2018) ilustram o impacto positivo no valor de mercado em dois momentos: (i) quando a empresa alcançou passos importantes na resolução do seu imbróglia contábil com o reconhecimento de *impairment* e publicação das demonstrações financeiras (Evento 2); e (ii) quando as investigações pela SEC e pelo DOJ nos Estados Unidos foram encerradas, colocando fim à incerteza quanto às multas que poderiam ser eventualmente aplicadas (Evento 3).

Da mesma forma, quando a Operação Carne Fraca foi deflagrada, a JBS sofreu queda de 10,59% em suas ações, representando uma perda de valor de mercado de R\$ 3,5 bilhões.

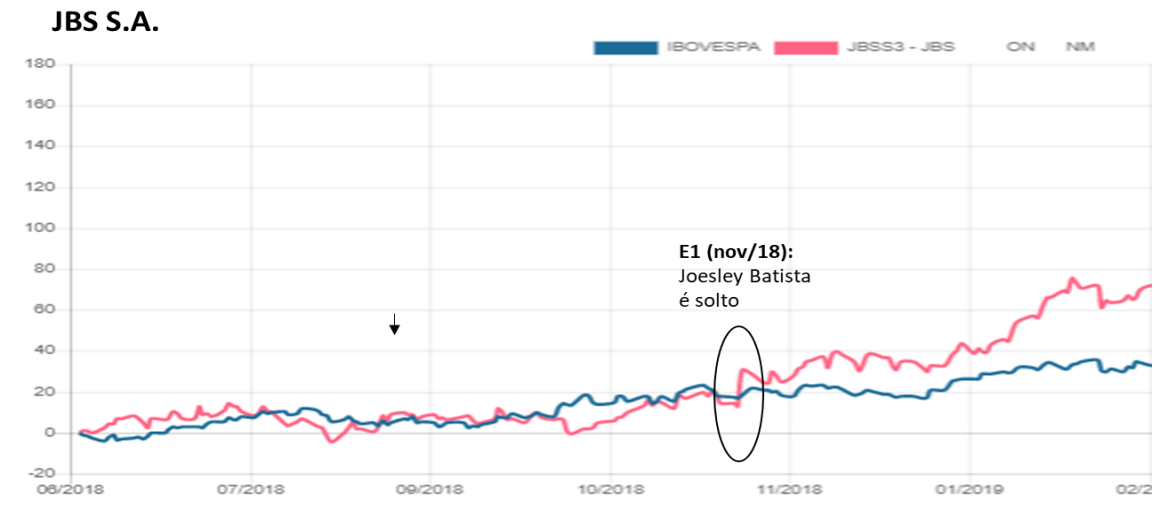


Figura: O Evento 1 (nov./2018) ilustra a apreciação abrupta do preço das ações da JBS S.A. quando seu acionista e principal executivo, Joesley Batista, foi solto, após ter sido preso por suspeita de esquema de propina no Ministério da Agricultura.

No caso da BR Foods, a queda foi de 7,25%, com perda de valor de mercado de R\$ 2,4 bilhões.



Figura: O Evento 1 (mar./2018) ilustra a queda abrupta do preço das ações da BRF Brasil Foods S.A. quando seus principais executivos, Pedro Faria e Hélio Rubens Mendes, foram presos na Operação Trapaça, nova fase da Operação Carne Fraca que investigava fraudes laboratoriais perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Ainda mais drástica foi a perda de valor do Banco BTG de R\$ 6,7 bilhões, com queda de 43% na cotação de suas ações quando seu CEO André Esteves foi preso por alegações de corrupção.

Em outras palavras, na era da informação plena, a reputação é essencial e as respostas do mercado são praticamente instantâneas.

Violações de leis anticorrupção e investigações de autoridades podem também impactar o *rating* de crédito das empresas e *aumentar seu custo de captação de recursos*. Normalmente, frente às notícias de corrupção envolvendo seus clientes, bancos e financiadores irão reduzir ou mesmo interromper completamente a concessão de crédito, gerando uma crise de liquidez que pode levar uma empresa à insolvência. As agências de avaliação de risco (*rating*) podem aumentar o risco e reduzir o *rating* das empresas envolvidas em escândalos de corrupção e, com isso, a taxa de juros de novos financiamentos tenderá a aumentar. Em alguns casos, quando as empresas perdem o “grau de investimento” (*investment grade*), determinados investidores institucionais (com restrições legais ou estatutárias) são forçados a liquidar seus investimentos em tais empresas, o que faz com que

seus ativos sejam penalizados.

Os riscos e as consequências de violações de leis anticorrupção e investigações por autoridades são tão gravesos que algumas empresas incluem fatores de risco em seus prospectos e comunicações institucionais, alertando os investidores a esse respeito. Veja, como exemplo, o fator de risco divulgado pela Gardner Denver, Inc. no seu relatório anual (Form 10-K) fornecido à SEC em 2013:

The risk of non-compliance with U.S. and foreign laws and regulations applicable to our international operations could have a significant impact on our results of operations, financial condition or strategic objectives. Our global operations subject us to regulation by U.S. federal and state laws and multiple foreign laws, regulations and policies, which could result in conflicting legal requirements. These laws and regulations are complex, change frequently, have tended to become more stringent over time and increase our cost of doing business. These laws and regulations include [...] anti-corruption and bribery laws such as the [FCPA] [...] and local laws prohibiting corrupt payments to government officials. We are subject to the risk that we, our employees, our affiliated entities, contractors, agents or their respective officers, directors, employees and agents may take actions determined to be in violation of any of these laws, particularly as we expand our operations geographically through organic growth and acquisitions. *An actual or alleged violation could result in substantial fines, sanctions, civil or criminal penalties, debarment from government contracts, curtailment of operations in certain jurisdictions, competitive or reputational harm, litigation or regulatory action and other consequences that might adversely affect our results of operations, financial condition or strategic objectives.* (grifos nossos)

Por fim, para as companhias abertas que possuam ações listadas em bolsa, violações de leis anticorrupção podem resultar na propositura de *ações judiciais por acionistas e investidores* alegando terem sofrido prejuízo na desvalorização de suas ações. Essas ações podem assumir diversas formas e valores. No caso de companhias brasileiras com *American Depositary Receipts* (ADRs) listados em bolsas nos Estados Unidos da América, como é o caso de Petrobras, Vale, Embraer e tantas outras, essas ações podem ser propostas nos Estados Unidos e no Brasil, como veremos a seguir.

Nos Estados Unidos, o litígio privado (*private enforcement*) desempenha um papel fundamental na agenda de combate à corrupção. Conforme HODGES, “enforcement of law by private actors in the United States is specifically intended to enforce not only private rights but also – and specifically – public norms. Hence, private litigation seeks to deliver not only compensation for damage caused in breach of private rights but also punishment for breach of public regulatory norms, as a matter of controlling individual and corporate

behavior, expressly based on the theory of deterrence”²⁸⁹.

Nesse sentido, o litígio privado assume uma função regulatória, como forma de aplicação da lei e reforço do Estado de Direito, principalmente no formato das *class actions*, um mecanismo que alguns autores denominam “regulação via litígio privado”²⁹⁰, um modelo que estimula e encoraja atores privados a moverem ações judiciais contra empresas violadoras da lei, criando incentivos para que a iniciativa privada atue no processo de investigação (*discovery*) e judicialização, substituindo, em parte, o que seria primordialmente o papel fiscalizador e sancionador do Estado²⁹¹.

As cortes americanas já firmaram entendimento de que apenas a SEC (sanções administrativas) e o DOJ (sanções criminais) têm legitimidade para propor ações com base em violações do FCPA, ficando claro que os investidores privados não têm legitimidade direta (“*no private right of action*”)²⁹². No entanto dois outros tipos de ações podem ser

²⁸⁹ HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour – business values: culture commitment, trust and ethics*. Oxford and Portland, Oregon, 2015, p. 67. Nossa tradução: “a aplicação da lei por ações judiciais de atores privados nos Estados Unidos é destinada especificamente a garantir o cumprimento não somente de direitos privados, mas também – e especialmente – normas públicas. Assim, o litígio privado busca alcançar não somente indenização pelos prejuízos causados decorrentes da quebra de direitos privados, mas também punição pela quebra de normas regulatórias de natureza pública, como forma de controlar o comportamento dos indivíduos e empresas baseado na teoria da dissuasão (*deterrence*)”.

²⁹⁰ No original “regulation through litigation”, em SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1987; ROSENBERG, David. *The causal connection in mass exposure cases: a public law vision of the tort system*. Harvard Law Review, 1984.

²⁹¹ Existem argumentos favoráveis e contrários ao “private enforcement” dos *class actions* norte-americanos em matéria de combate à corrupção. Por um lado, os *class actions* costumam trazer benefícios como a facilidade e acesso às provas no processo de investigação (*discovery*), isenção ou redução de custos judiciais, flexibilidade no processo de colheita de testemunhas e provas, ausência de sucumbência, existência de danos elevados (incluindo danos punitivos), julgamento por júri em processos cíveis, entre outros. Nesse sentido, LEVINE, M.E., FLORENCE, J.L. Regulatory capture, public interest and the public agenda. *Journal of Law, Economics and Organization*, 167, 1990; LOVERMORE, M.A. Regulatory review, capture and agency inaction. *Georgetown Law Journal* 1337, 2013. Por outro lado, autores elencam alguns problemas gerados pelo excesso de *class actions*: (i) ações sem mérito, especialmente porque as empresas ré e seus diretores tenderão a transacionar uma *class action*, mesmo desprovida de mérito, se estiverem protegidos por seguros de responsabilidade civil; (ii) foco das firmas de advocacia em grandes violações, deixando pequenas violações desatendidas por não serem economicamente atrativas; (iii) um problema de desalinhamento de interesse entre os advogados e seus clientes; e (iv) o fato de que os penalizados acabam sendo os próprios acionistas das empresas ré, e não os indivíduos que efetivamente cometeram os atos ilícitos. Ver CHOI, Stephen. The evidence on securities class actions. *Vanderbilt Law Review*, 2004; COFFEE, John. Reforming the securities class action: an essay on deterrence and its implementation. *Vanderbilt Law Review*, 2004. Apesar dos prós e contras, o fato é que o litígio privado nos Estados Unidos convive com a ação fiscalizatória e punitiva do governo e dela se alimenta. Advogados privados são atraídos aos grandes casos de fraude e corrupção em que as autoridades governamentais já fizeram o trabalho pesado de descobrir, investigar e punir os culpados, evitando os custos iniciais que normalmente seriam exigidos. No contexto de atos de corrupção e violações ao FCPA, é muito comum que os advogados privados entrem com suas ações privadas (*class actions*) após a SEC e/ou o DOJ terem investigado empresas corruptoras e terem iniciado suas ações punitivas ou celebrado acordos de leniência.

²⁹² Conforme precedentes *Lamb v. Phillip Morris, Inc.*, 915 F. 2d 1024, 1029 (6th Cir. 1990) e *Lewis ex rel. National Semiconductor Corp. v. Sporck*, 612 F. Supp. 1316 (N.D. Cal 1985).

ajuizadas por investidores privados por conta de efeitos ou consequências de violações ao FCPA: (i) ações derivadas, movidas por acionistas em nome da companhia (por substituição processual), alegando quebra do dever de fidúcia dos administradores (conselheiros e diretores) estabelecidos em leis estaduais, e (ii) *class actions*, movidas por um acionista principal (*lead plaintiff*) com adesão de outros acionistas posteriormente, alegando violações das leis federais de valores mobiliários. Conforme WESTBROOK, na prática, essas ações acabam por dar legitimidade aos investidores para questionar violações do FCPA, o que não seria permitido diretamente: “parallel shareholder litigation may also subtly expand FCPA liability by functioning as an FCPA private right of action”²⁹³.

No Brasil, as companhias abertas que possuem ações listadas em bolsa também estarão sujeitas a ações de indenização propostas por acionistas e investidores, quando sofrerem prejuízos decorrentes da desvalorização de suas ações por conta de atos de corrupção e violações à Lei Anticorrupção Brasileira. Essas ações podem estar fundadas em: (i) responsabilidade civil por atos da companhia²⁹⁴, (ii) violação dos deveres dos administradores²⁹⁵ ou (iii) falha na divulgação de informações exigida pela lei de valores mobiliários²⁹⁶.

²⁹³ WESTBROOK, Amy. Double trouble: collateral shareholder litigation following FCPA investigations. *Ohio State Law Journal*, 2018, p. 1219.

²⁹⁴ Pelo regime da Lei das Sociedades por Ações, existem dois tipos de ações de responsabilidade, quais sejam, a ação social, que tem por fundamento o prejuízo causado ao patrimônio da sociedade e que pode ser proposta pela companhia ou pelo acionista em substituição processual, e a ação individual, que visa à reparação do prejuízo direto do próprio acionista. Segundo melhor doutrina e jurisprudência, o acionista poderá acionar diretamente a companhia por danos decorrentes de desvalorização de suas ações por falhas de divulgação de informação da companhia. Ver WALD, Arnaldo. Parecer. *A responsabilidade civil da empresa perante os investidores*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 115. Ver também os seguintes julgados: Recurso Extraordinário nº 69.028-RS, Tribunal Pleno, Embargante Transportadora Mayer S.A., Embargado Amaury Schmitt, RT 443/345; TJPR, Ap. 584/89, 4ª C., j. 27.6.1990, RT 683, p. 133.

²⁹⁵ Os administradores podem ser responsabilizados por divulgação de informações incorretas ou incompletas, se falharem com seus deveres, agindo com culpa ou dolo (arts. 157, § 4º, e 158 da Lei das Sociedades por Ações). Como regra geral, os administradores não serão responsabilizados pelos atos regulares de gestão praticados em nome da sociedade, exceto em determinadas circunstâncias. Conforme o art. 158 da Lei das Sociedades por Ações, o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; no entanto responderá civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. A depender da atuação do administrador no caso concreto, poderá haver a *responsabilidade exclusiva* da companhia, quando houver falha de divulgação de informações, mas o administrador tiver praticado ato regular de gestão, ou *responsabilidade simultânea* da companhia e do administrador, quando houver falha de divulgação de informações pela companhia, e o administrador tiver atuado com culpa ou dolo ou falhado com seus deveres de divulgação prescritos em lei.

²⁹⁶ A Lei nº 7.913/89 dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, em especial quando decorrentes de “omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa” (art. 1º, III). Referida ação civil pública existirá “sem prejuízo da ação individual do prejudicado” (art. 1º). A Lei nº 7.913/89 atribuiu ao Ministério Público, de ofício ou por solicitação da CVM, a legitimidade

Para as empresas que celebram acordos de leniência, surgem diversos desafios no contexto “pós-leniência”. A Lei Anticorrupção Brasileira (art. 16, § 4º), regulamentada pelo Decreto Federal Anticorrupção (art. 36), determina que o próprio acordo de leniência deve “estipular as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”. A superação dos riscos políticos, institucionais e financeiros relativos ao acordo de leniência mostra-se um enorme desafio para os lenientes. Após a celebração da leniência, a empresa passa a enfrentar o desafio de recuperar sua reputação perante credores, parceiros comerciais, clientes, colaboradores, entre outros, e muitas vezes enfrenta “quadros deficitários gravíssimos, incluindo falência ou recuperação judicial, e que por sua vez levam a pleitos de revisão das bases originais da leniência, pois o pagamento dos danos e multas tornam-se excessivamente onerosos (ciclo vicioso da leniência)”²⁹⁷.

Conforme testemunho de OLIVEIRA:

o acordo de leniência pode até finalizar uma fase de instabilidade que a empresa deseja superar rapidamente, mas os desafios que a ela se impõem no pós-leniência muitas vezes são maiores e muito mais complexos do que o processo de negociação da leniência possa eventualmente ter demonstrado.²⁹⁸

Refletindo sobre o “ciclo vicioso da leniência” e os impactos à economia e desenvolvimento do país, DEL CHIARO alerta que multas e ressarcimentos por demais onerosos podem dificultar a preservação das companhias, levando, em alguns casos, à impossibilidade de cumprimento dos compromissos. Ele nos convida à reflexão: “é do interesse da coletividade a condução à falência de empresas nacionais de referência em seus setores de atuação? Não tem a empresa uma função social que se mostra mais relevante do que eventuais atos ilícitos de indivíduos à frente da gestão das companhias? Há como cumprir a lei, sancionando nos seus limites a pessoa jurídica e as pessoas físicas envolvidas,

ativa para propor ações civis públicas visando ao ressarcimento de danos aos investidores do mercado. No entanto, como a Lei nº 7.913/89 dispõe que a Lei nº 7.347/85 (que dispõe sobre as ações civis públicas em geral) será aplicável subsidiariamente, no que couber, a doutrina preponderante entende que também terão legitimidade ativa concorrente as pessoas mencionadas no art. 5º, V, “b”, da Lei nº 7.347, incluindo a União, o Estado, o Município, as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, assim como as associações que tenham, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao investidor.

²⁹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Pós-acordo de leniência: desafios das empresas para sua reabilitação. *Consultor Jurídico*, 28/8/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/pos-acordo-leniencia-desafios-empresas-reabilitacao>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Pós-acordo de leniência: desafios das empresas para sua reabilitação. *Consultor Jurídico*, 28/8/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-28/pos-acordo-leniencia-desafios-empresas-reabilitacao>. Acesso em: 13 set. 2019.

mas preocupando-se com a preservação das empresas e de seu valor socioeconômico?”²⁹⁹

Fazendo um interessante paralelo com a Alemanha pós-guerra³⁰⁰, tais autores concluem que os atos ilícitos de corrupção, sim, devem ser sancionados, mas as sanções não devem inviabilizar economicamente a empresa.

E como fazer isso?

Companhias devem ser sancionadas, sem dúvida, mas é preciso enfatizar a persecução também de pessoas físicas em casos de corrupção. As sanções às pessoas jurídicas, notadamente as pecuniárias, se aplicadas isoladamente, correm o risco de se tornarem números a serem internalizados ao se calcularem os riscos da prática. Precisamos evitar o repasse ao mercado dos custos de litígio e punição por meio do aumento de preços dos produtos finais (especialmente em mercados com baixo grau de concorrência).

O DOJ norte-americano há tempos reconhece a relevância da persecução criminal das pessoas físicas que participam de atos de corrupção (como ilustrado, por exemplo, no “Memorando Yates” de 9/9/2015³⁰¹).

Do ponto de vista de política pública, pode-se pensar numa mudança de postura das autoridades de combate à corrupção, com o aumento das sanções para pessoas físicas

²⁹⁹ DEL CHIARO, José; CABRAL, Mário Andrade Machado. Direito premial e preservação de empresas. *Consultor Jurídico*, 11 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-11/leniencias-questao-direito-premial-preservacao-empresas#_ftn1. Acesso em: 13 set. 2019.

³⁰⁰ Eis o paralelo de DEL CHIARO e CABRAL, op. cit.: um dos episódios mais tenebrosos da história da humanidade em séculos foi o Holocausto: o genocídio de judeus pelo Estado alemão, liderado pelo Partido Nazista, e seus aliados. À época, a maioria das grandes companhias alemãs se beneficiou da ascensão do Nazismo ao poder e, assim, contribuiu com o Holocausto (desde o mero fornecimento para as demandas do Estado – aço, automóveis, material bélico, serviços financeiros, produtos químicos, vestuário etc. – até a vergonhosa utilização de mão-de-obra dos campos de concentração). Desse modo, a decisão que teria de ser tomada pelos alemães no pós-guerra era: (1) impedir a sobrevivência econômica de todas as companhias que se beneficiaram direta ou indiretamente do horror do Holocausto (enquanto produto de ato ilícito), ou (2), em nome do reconhecimento da centralidade das empresas nacionais para o desenvolvimento do País num momento de reconstrução, fazer um esforço de reabilitação e preservação das companhias, sem prejuízo das pertinentes reparações e punições. A Alemanha fez uma escolha. As empresas que colaboraram com o Holocausto foram fundamentais na reconstrução da Alemanha do pós-guerra e na sua transformação em uma das economias com mais vitalidade industrial e tecnológica do mundo.

³⁰¹ Memorando do DOJ, da Procuradora Geral Sally Yates, de 9/9/2015, instruindo os procuradores norte-americanos a mover ações a aplicar sanções contra os indivíduos envolvidos em corrupções corporativas no contexto das leniências celebradas. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.

combinado com uma eventual redução das sanções impostas às empresas. Isso viria a evitar dificuldades econômico-financeiras para as empresas, com consequências falimentares que afetariam o emprego, o pagamento de credores e, de modo geral, a sociedade.

4.1.3 Reflexos de atos de corrupção e acordos de leniência em contratos comerciais e financeiros

Nos dias atuais, os contratos empresariais têm se tornado cada vez mais sofisticados e complexos, principalmente os de maior envergadura, como contratos de investimento, contratos de financiamento, parcerias comerciais, *joint ventures*, contratos de fornecimento de longo prazo, entre tantos outros.

Esses contratos (os empresariais) são incompletos por natureza e implicam custos de transação que levam as partes a buscarem modelos satisfatórios que não são perfeitos, à prova de bala, em especial em matéria de *compliance* e corrupção.

Esses contratos normalmente contêm declarações confirmando que os contratantes não praticaram atos de corrupção no passado e compromissos de que não praticarão tais atos ilícitos no futuro. Essas cláusulas costumam cobrir as leis brasileiras anticorrupção e também leis estrangeiras como o FCPA e o UKBA. A título exemplificativo, vejam-se cláusulas constantes de contrato de fornecimento de gás entre Petrobras e Ambar Energia Ltda. (grifos nossos)³⁰²:

(a) Cada Parte declara e garante que ela e os membros do seu Grupo (i) não realizaram, ofereceram, prometeram ou autorizaram, bem como (ii) não realizarão, oferecerão, prometerão ou autorizarão, qualquer pagamento, presente, promessa, entretenimento ou qualquer outra vantagem, seja diretamente ou indiretamente, para o uso ou benefício direto ou indireto qualquer autoridade ou funcionário público, conforme definido nos arts. 327, *caput*, §§ 1º e 2º e 337-D *caput* e parágrafo único, ambos do Código Penal Brasileiro, partido político, autoridade de partido político, candidato a cargo eletivo ou qualquer outro indivíduo ou entidade, quando tal oferta, pagamento, presente, promessa, entretenimento ou qualquer outra vantagem constituir violação à Lei 12.846/13 ou ao United States Foreign Corrupt Practices Act de 1977 (coletivamente denominados as “Leis Anticorrupção”). Para os efeitos desta cláusula 23.3. “Grupo” significa, em relação a cada uma das Partes, suas controladoras, controladas, sociedades sob controle comum, seus administradores, diretores, prepostos, empregados, representantes e

³⁰² Informação Disponível em: TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Acórdão 0050528-43.2017.8.19.0000 - 4ª C. Cível, Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. em 18/10/2017.

agentes.

(b) Cada Parte declara, garante e se compromete que ela e os membros do seu Grupo não pagaram ou pagarão, direta ou indiretamente por meio de qualquer pessoa ou entidade, quaisquer taxas, comissões ou reembolsos à outra Parte ou aos membros do Grupo da outra Parte, bem como que não ofereceram, prometeram, autorizaram ou entregaram, tampouco oferecerão, prometerão, autorizarão ou entregarão à outra Parte ou aos membros do Grupo da outra Parte, qualquer presente ou entretenimento de custo ou valor significativo de forma a influenciar ou induzir qualquer ação ou omissão com relação ao objeto deste Contrato e/ou à execução deste Contrato.

(c) Cada Parte declara, garante e se compromete que não utilizou ou utilizará *broker*, consultor, agente ou qualquer outro intermediário na solicitação, obtenção, negociação, estruturação ou execução do presente Contrato ou em qualquer assunto relacionado a este Contrato, quando a utilização de tal consultor, agente ou intermediário faça com que a Parte viole os compromissos assumidos nos itens 23.3(a) e 23.3(b) ou quando as ações de tal consultor, agente ou intermediário caracterizem qualquer infração desta.

(e) A Comprador declara que leu e concorda com o Código de Ética, o Guia de Conduta e a Política de Responsabilidade Social da Vendedora.

A Compradora e os membros do seu Grupo, em relação às operações, atividades e serviços vinculados ao objeto deste Contrato declaram que estão cientes de suas obrigações em relação às Leis Anticorrupção e que cumprem e observam todas as leis, decretos, normas, resoluções e portarias aplicáveis no Brasil que tratam sobre Anticorrupção.

Outrossim a Contratada declara, para todos os fins, que: (i) não realizou e não realizará, de forma direta ou indireta, atos definidos como corrupção pela legislação aplicável; e (ii) não utilizou e nem utilizará seus recursos para o pagamento de qualquer despesa que possa ser considerada ilegal ou duvidosa em relação à legislação pátria.

A violação das cláusulas contratuais que tratam de corrupção costuma acarretar consequências severas, como a rescisão motivada do contrato em questão, o vencimento antecipado de financiamentos, a interrupção do fornecimento, a perda de direitos ou a imposição de multas.

Por consequência, a ocorrência de atos de corrupção ou a celebração de acordos de leniência (com a necessária confissão de atos de corrupção) pode ser interpretada como hipótese de incidência dessas sanções típicas de “cláusula anticorrupção”.

Sabemos da existência de arbitragem, com pedidos de tutela de urgência no Poder Judiciário, travada entre Âmbar Energia Ltda. (empresa do Grupo J&F, que celebrou leniência com o Ministério Público) e Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A.

Em virtude da confissão dos atos de corrupção realizados pelo controlador da Âmbar

Energia, a Petrobras decidiu rescindir o Contrato de Compra e Venda de Gás Natural e interrompeu o fornecimento de gás natural à Âmbar Energia por entender haver violação das cláusulas anticorrupção de tal contrato. Âmbar Energia ingressou com arbitragem pedindo o restabelecimento do fornecimento de gás e indenização pelos prejuízos sofridos, alegando que a rescisão/interrupção não teria fundamento contratual. Ingressou no Poder Judiciário pedindo tutela de urgência.

Inicialmente, a liminar foi deferida para que a Petrobras mantivesse o fornecimento de gás (fls. 723). Em seguida (fls. 1023), a liminar foi revogada pelo Tribunal de Justiça³⁰³ sob o fundamento de que havia irregularidade na contratação. A seguir, o mérito passou a ser discutido em sede de arbitragem, em caráter confidencial (portanto não temos conhecimento do desfecho final).

No acórdão, o Des. Rel. entendeu que a delação premiada firmada pelos controladores da Âmbar Energia homologada perante o STF registra expressamente atos ilícitos que, sujeitos à dilação probatória em arbitragem, podem violar as cláusulas anticorrupção do contrato de fornecimento com a Petrobras, portanto esta teria o direito de rescindi-lo e interromper o fornecimento. No dizer do Des. Rel. Reinaldo Pinto Alberto Filho, trata-se de “cláusula que deve ser observada, já que em sintonia com a ética que deve nortear as relações comerciais”.

O mérito da demanda está sendo decidido na via arbitral.

4.1.4 Reflexos de atos de corrupção na execução de contratos empresariais

A esta altura do estudo, podemos indagar: qual o papel do Direito Privado no combate à corrupção, em especial quanto à prestação jurisdicional (pelo Poder Judiciário ou por via de arbitragem) no momento da execução de contratos empresariais? Contratos originados de atos de corrupção, ou de alguma forma relacionados a atos corruptos, podem (ou devem?) ser declarados nulos, invalidados ou anulados pelas cortes em litígios privados? A invalidação de um contrato por atos de corrupção também invalida o compromisso arbitral nele contido, de forma que ele forçosamente deva ser levado ao Judiciário?

³⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Acórdão 0050528-43.2017.8.19.0000 - 4ª C. Cível, Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, j. em 18/10/2017.

Normalmente, o tema da corrupção é estudado sob as óticas do Penal e do Direito Administrativo, mas certamente essa temática também precisa ser estudada sob a ótica do Direito Privado, aqui englobados o Direito Civil (especialmente no que tange ao Direito das Obrigações) e o Direito Empresarial (envolvendo contratos empresariais).

Em primeiro lugar, é necessário distinguir entre os contratos que têm por objeto principal os atos de corrupção (por exemplo, um contrato de consultoria fictício que tenha por real finalidade o pagamento de propinas sob a roupagem de comissão ou prestação de serviços) e os contratos que versam sobre atividades lícitas, mas que tenham sido gerados por atos de corrupção (por exemplo, um contrato para a construção de uma grande obra em que o agente público recebeu propina para selecionar a construtora no processo licitatório).

No primeiro caso, podemos dizer que os contratos que têm por objeto atos de corrupção são nulos (*ab initio*), em observância ao art. 166 do Código Civil (art. 166, inc. II: é nulo o negócio jurídico quando for ilícito seu objeto). Nesse mesmo sentido, no Direito Internacional Privado, o art. 8(1) do *Civil Law Convention on Corruption* determina: “Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void”.

Em diversas ocasiões, tribunais arbitrais já decidiram que, em arbitragens nas quais os “consultores” ou “facilitadores” cobravam suas comissões e a outra parte, em sede de defesa, demonstrava que tais comissões representavam propinas ou atos de corrupção, os árbitros devem se recusar a reconhecer a validade do contrato, rejeitando o pagamento de tais comissões³⁰⁴. Na verdade, mesmo quando nenhuma das partes invoca a existência de algum ato de corrupção como defesa, os tribunais arbitrais podem reconhecer a matéria de ofício, por questão de ordem pública, e normalmente se recusam a executar o contrato, independentemente de as partes terem alegado vício de nulidade por corrupção. No *leading case Lagergren*, o árbitro recusou-se a executar um contrato que versava sobre pagamentos corruptos para agentes públicos argentinos ao amparo de um contrato de comissionamento entre uma empresa britânica e um representante comercial argentino³⁰⁵.

³⁰⁴ Por exemplo, ICC Case N. 9333 (2011), ICC Case N. 6497 (1999).

³⁰⁵ ICC Case N. 1110 (1994), 10 Arb Int, 282. Nas palavras do Juiz Lagergeen, atuando como árbitro no caso: “in the interest of due administration of justice, I have ex officio powers to examine the question of jurisdiction [...] and jurisdiction must be declined in cases involving gross violation of good morals and international public policy”. Ou seja, alegações de ilegalidade e corrupção tornariam a disputa não arbitrável e o tribunal arbitral perderia sua jurisdição para resolver a disputa. Esse posicionamento não mais prevalece no direito arbitral. A

No Brasil, vale também dizer que, sob a inteligência do art. 833 do Código Civil, caso o corruptor tenha já pago qualquer valor para seu consultor/facilitador, para que este venha a pagar alguma propina ou realizar atos de corrupção, não terá ele direito à repetição com base em enriquecimento sem causa, sendo o valor eventualmente recuperado revertido a um estabelecimento de interesse social, a critério do juiz o árbitro.

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Tratamento diverso é o do contrato que verse sobre atividade lícita, mas que tenha sido originado por ato de corrupção (*agreement procured by corruption*). Em princípio, não haveria ilicitude do objeto (portanto não seria nulo de pleno direito). Porém ele poderia ser anulado no futuro (por vício de formação, tais como erro ou dolo) e por consequência os valores que tenham sido pagos de parte a parte precisariam ser restituídos, caso contrário haveria enriquecimento ilícito de uma parte em prejuízo da outra. É assim que determina o art. 182 do Código Civil brasileiro, e também, no plano internacional, o Art. 8(2) do *Civil Law Convention of the Council of Europe*:

Código Civil - Art. 182: Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Civil Law Convention of the Council of Europe - Art. 8(2): Each Party shall provide in its internal law for the possibility for all parties to a contract whose consent has been undermined by an act of corruption to be able to apply to the court for the contract to be declared void, notwithstanding their right to claim for damages.

Nesses casos, se o contrato vier a ser anulado, mas já tiver sido parcialmente executado por uma das partes, será necessária alguma forma de compensação dessa parte. No passado, o *leading case* era *Grand v. New York*³⁰⁶, em que um contrato para a limpeza de um reservatório na cidade de Nova Iorque havia sido anulado por atos de corrupção após os serviços de limpeza terem sido efetivamente prestados. Em tal caso, a corte ordenou a

doutrina atual defende a autonomia e a separabilidade da cláusula arbitral, de forma que, mesmo que o contrato seja nulo ou anulável por questões relacionadas à corrupção, a cláusula arbitral (e consequentemente a jurisdição por arbitragem) será considerada válida a menos que ela própria, a cláusula arbitral, seja produto de um ato de corrupção. Dessa forma, o entendimento atual é de que, salvo em raras exceções, os tribunais arbitrais preservam jurisdição para julgar um contrato que envolva atos de ilegalidade ou corrupção. Nesse sentido, ICC Case N. 4145 (1987).

³⁰⁶S.T. Grand, Inc. v. City of New York, 298 N.E.2d 105, 107 (NY 1973).

devolução à prefeitura do valor integral do contrato e o prestador de serviços não faria jus a nenhuma remuneração, mesmo tendo prestado os serviços. A corte justificou que tal entendimento visava a punir o licitante fraudulento e conter novas fraudes futuras.

Mas esse entendimento mudou. Os Princípios da UNIDROIT³⁰⁷ estabelecem que contratos contaminados por ilegalidades ou corrupção ainda assim podem gerar um pleito de restituição quando for razoável, nas circunstâncias do caso, considerando, entre outros, o objetivo da regra violada pelo contrato, a seriedade da violação e o conhecimento das partes sobre os atos ilegais³⁰⁸.

Art. 3.3.2: restitution may or may not be granted depending on whether it is more appropriate to allow the recipient to keep what it has received or to allow the performer to reclaim it.

Por exemplo, no caso ICC 10518 de 2001, as partes discutiam um contrato para a construção de uma planta industrial num país do Sudeste Asiático, contrato esse que havia sido obtido pela empresa construtora por meio de propina a autoridades públicas. No entanto, grande parte da planta já havia sido construída. O tribunal arbitral recusou-se a executar o contrato nos seus termos originais, mas determinou a indenização da construtora pelo valor da obra já construída (*restitution*).

Outra polêmica reside na validade do compromisso arbitral inserido em contrato que venha a ser posteriormente anulado por envolver atos de corrupção: a ilegalidade do contrato tornaria a disputa não arbitrável e o tribunal arbitral perderia sua jurisdição para resolver a disputa? A resposta é negativa, pois a doutrina atual defende a autonomia e a separabilidade da cláusula arbitral, de forma que, mesmo que o contrato seja nulo ou anulável por questões relacionadas à corrupção, a cláusula arbitral (e, conseqüentemente, a jurisdição por arbitragem) será considerada válida (a menos que ela própria, a cláusula arbitral, seja produto de um ato de corrupção). Dessa forma, o entendimento atual é de que, salvo em raras exceções, os tribunais arbitrais preservam jurisdição para julgar um contrato que envolva atos de ilegalidade ou corrupção. Nesse sentido, ICC Case N. 4145 (1987) e também o art. 21(2) do UNCITRAL Arbitration Rules: “a decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause”.

³⁰⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, que representam uma codificação das leis contratuais internacionais.

³⁰⁸ Art. 3.3.2(2) and Comments 1 and 2; Art. 3.3.2.

4.1.5 Fundos de investimentos e a Lei Anticorrupção Brasileira

Há muita polêmica sobre a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira aos fundos de investimentos, seus cotistas, administradores e gestores.

O modelo de negócio típico dos fundos de investimento consiste em investir em empresas ou projetos com oportunidades de crescimento e valorização, para vender tais investimentos com ganho após um determinado período. No Brasil, o principal veículo para tais operações é o fundo de investimento em participações (FIP), organizado de acordo com a Instrução CVM nº 391/2003 e demais normas regulamentares.

O FIP é um fundo patrimonial organizado na forma de condomínio fechado, em que a propriedade dos bens (participações societárias) é compartilhada entre os múltiplos proprietários (cotistas), sendo que a administração do fundo é delegada a uma instituição administradora, sem ingerência direta dos cotistas. A instituição administradora assume verdadeiro protagonismo nas relações entre o fundo e terceiros: é a instituição administradora que celebra contratos e exerce direitos em nome dos cotistas do fundo.

Não sendo o FIP uma sociedade e não tendo personalidade jurídica, indaga-se em que medida a Lei Anticorrupção Brasileira poderia se aplicar ao fundo e seus atores (cotistas, administradores e gestores). Nota-se, de largada, que o art. 1º, § único, da Lei Anticorrupção Brasileira³⁰⁹ não inclui os fundos de investimentos no rol de entidades abrangidas pela lei e tal ausência não pode ser suprida por método de interpretação extensiva, pois na esfera das sanções administrativas o Poder Judiciário tem reconhecido ser aplicável o princípio da legalidade estrita³¹⁰. Assim a primeira conclusão é que o FIP não pode ser responsabilizado em nome próprio por responsabilidade administrativa ao amparo da Lei Anticorrupção Brasileira, pois carece de personalidade jurídica e não se encontra elencado entre as pessoas jurídicas elencadas no seu art. 1º.

Com isso, queremos dizer que não é possível responsabilizar o FIP diretamente (enquanto patrimônio destacado de cada cotista), nem tampouco os cotistas, a instituição

³⁰⁹ “Art. 1º, parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

³¹⁰ TJSP Apelação Cível 0014410-93.2011.8.26.0320, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 13/3/2013; TJSP Apelação Cível 0608743-10.2008.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, j. em 5/3/2012.

administradora ou o gestor única e exclusivamente porque são investidores ou administradores do FIP. Mas isso não significa dizer que esses atores do FIP nunca serão responsabilizados sob a Lei Anticorrupção Brasileira, apenas que esses atores devem ter suas condutas e responsabilidades avaliadas individualmente, de forma independente de seu papel na estrutura do FIP³¹¹.

Sobre os cotistas, sua responsabilização na Lei Anticorrupção Brasileira somente seria possível com relação àqueles organizados como pessoas jurídicas. Nesse caso, a responsabilização dependeria de: (i) poder atribuir ao próprio cotista uma conduta lesiva à Administração Pública definida e sancionada na referida lei (responsabilização direta); ou (ii) enquadrá-lo como sociedade integrante do grupo de controle de, ou coligada a, uma sociedade investida infratora, hipótese em que a responsabilidade se restringiria à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira (responsabilização do grupo econômico). Em regra, a participação tipicamente passiva do cotista na administração do FIP o manterá afastado de responsabilização, pela simples razão de que não lhe competem, no âmbito do FIP, poderes para praticar atos de administração.

Também não deverá haver responsabilização do cotista na Lei Anticorrupção Brasileira simplesmente por ser integrante de grupo de controle ou sociedade coligada da empresa investida, pois os conceitos de “controle” e “coligada” requerem a titularidade de participação societária e a capacidade de influir nas decisões sociais. Em regra, a administração exercida pela instituição administradora significa que o próprio cotista não estará em condições de influir pessoalmente na sociedade investida³¹².

Conforme PULINO e COELHO:

Depreende-se dessa análise que os cotistas do FIP somente poderiam ser responsabilizados sob a Lei Anticorrupção em situações excepcionais, que não alcançam os casos típicos do FIP com múltiplos investidores, cada qual assumindo papel passivo na administração do próprio FIP e das sociedades investidas.³¹³

³¹¹ PULINO, Marcos Vinícius; COELHO, Diego Gonçalves. *Fundos de investimento em participação e a lei anticorrupção. Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 169.

³¹² É possível conceber arranjos negociais em que o cotista de fato poderia exercer tal influência, especialmente nos casos de FIPs exclusivos ou com poucos cotistas, que reservem para si influência significativa na administração, por exemplo direito de participação em comitê de investimento ou outros mecanismos assegurados por acordo de investimento ou pelo próprio regulamento.

³¹³ PULINO, Marcos Vinícius; COELHO, Diego Gonçalves. *Fundos de investimento em participação e a lei anticorrupção. Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 170.

Já quanto à instituição administradora, esta poderá ser responsabilizada por atos praticados em violação à Lei Anticorrupção Brasileira (i) por seus próprios funcionários e administradores ou (ii) por prestadores de serviços por ela contratados, incluindo-se o gestor. Quanto à possibilidade de a instituição administradora ser responsabilizada como integrante do grupo de controle ou coligada da sociedade investida (§ 2º do art. 4º), entendemos que não poderia haver tal responsabilização, pois faltam a titularidade de participação societária e a percepção de benefícios econômicos de sócios, ainda que possa existir influência na administração.

Entendidos os limites de responsabilidade dos diversos atores no modelo de fundos de investimentos, passamos a identificar os pontos de atenção e tecer algumas observações.

No modelo típico de fundos de investimento, a primeira etapa é captar recursos perante investidores para poder investir em empresas ou projetos. A forma como os fundos de investimento captam, selecionam e admitem investidores para aportarem recursos precisa seguir mecanismos de diligência e controle, pois pode representar riscos de violação das leis anticorrupção. Por exemplo, no acordo entre Och-Ziff Capital Management Group e SEC³¹⁴, o gestor de fundos de investimento Och-Ziff Capital Management Group concordou em pagar à SEC e ao DOJ cerca de US\$ 412 milhões para encerrar uma acusação de violações ao FCPA, que alegava que Och-Ziff teria utilizado intermediários para subornar os gestores do fundo soberano da Líbia (funcionários públicos da Líbia) para alocarem um investimento de US\$ 300 milhões nos *hedge funds* administrados pela Och-Ziff. Segundo a SEC, os executivos da Och-Ziff foram negligentes em detectar e prevenir transações anormais em países de alto risco e os controles internos da empresa não eram suficientemente adequados para detectar e prevenir o pagamento de propinas.

Com recursos captados, os fundos de investimentos identificam empresas ou projetos que apresentem oportunidades de crescimento e valorização e passam a investir em tais empresas. Tais investimentos podem contemplar a aquisição de participações acionárias majoritárias, representando o controle das empresas investidas, ou a aquisição de participações minoritárias, sem representar controle, mas que invariavelmente envolvem direitos políticos e influência na administração em menor ou maior grau. Por exemplo, direitos típicos negociados pelos fundos de investimento são a participação no Conselho de

³¹⁴ Conforme *press release* SEC 2016-203. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-203.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Administração, a nomeação de Diretores, a eleição de auditores, os mecanismos especiais de aprovações e os vetos, entre outros assuntos.

Nesse gradiente de maior ou menor participação no controle e gestão das empresas investidas, surgem as preocupações com o conhecimento (efetivo ou presumido) sobre atos ilícitos ocorridos nas empresas investidas e com a falha em implementar controles internos e mecanismos de prevenção.

Em janeiro de 2017, a SBM Offshore N.V. celebrou um *Deferred Prosecution Agreement* com a SEC e o DOJ dos Estados Unidos da América³¹⁵. Nesse acordo, a SEC e o DOJ utilizaram o conceito de cegueira deliberada (*willful blindness*) para atribuir conhecimento presumido (e responsabilidade) aos gestores da SBM Offshore N.V., que autorizaram o pagamento a contas em paraísos fiscais e que, apesar de não terem a intenção declarada ou o conhecimento efetivo das irregularidades, sabiam que havia alta probabilidade de que tais pagamentos seriam direcionados a funcionários públicos estrangeiros com propina.

Isso significa que os administradores de fundos de investimento e seus gestores podem ser responsabilizados por violações das leis anticorrupções de suas empresas investidas mesmo quando não aprovem ou conheçam tais violações, desde que tenham assumido uma postura passiva de evitar o aprofundamento de averiguações em situações de risco. Nesse sentido, quanto mais envolvido estiver o fundo de investimento na administração da companhia investida (em termos de participação no conselho de administração, nomeação de diretores, aprovações e vetos etc.), maior a probabilidade de ser responsabilizado por violações das leis anticorrupção pelos conceitos de conhecimento presumido (*construed knowledge*) e cegueira deliberada (*willful blindness*), uma vez que não aprofundou suas investigações dentro dos seus poderes.

Em outras palavras, a responsabilidade por conhecimento presumido provavelmente não seria imputada a um pequeno investidor com poucos direitos políticos e baixa participação na gestão, mas, à medida que os direitos políticos e participação na administração da empresa investida vão aumentando, maior é o risco de um fundo de

³¹⁵ Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1014801/download>. Acesso em: 12 abr. 2019.

investimento vir a ser responsabilizado por atos de corrupção das empresas de seu portfólio.

Finalmente, no ciclo de vida de um fundo de investimento, chega a fase do desinvestimento, em que as participações acionárias nas empresas investidas precisam ser vendidas e monetizadas, para retornar o capital aos investidores, com lucro. As possibilidades de desinvestimento geralmente incluem a venda privada para outros investidores ou a venda em bolsa por meio de abertura de capital ou oferta pública de ações. Em ambos os casos, é esperado que os fundos de investimento ofereçam aos compradores ou bancos intermediadores da oferta declarações e garantias que atestem que suas empresas investidas cumprem integralmente com as leis anticorrupção dos países em que operam. Por isso, recomenda-se que os fundos de investimento empreguem seus esforços e poder de controle para garantir que suas empresas investidas tenham programas de *compliance* robustos e eficazes, para que eles possam oferecer tais declarações e garantias.

4.1.6 Lei Anticorrupção Brasileira e aquisição de ativos de infraestrutura

Temos acompanhado, no Brasil, oportunidades interessantes de investimento no setor de infraestrutura. Ao longo dos últimos anos, as diversas operações anticorrupção causaram uma crise de liquidez e perda de valor nos grandes grupos econômicos, obrigando-os a vender parte de seus ativos, como subsidiárias, projetos e concessões. Ocorre que, para os compradores, essas oportunidades podem carregar riscos jurídicos de integridade, podendo resultar, em última instância, em responsabilização do adquirente ou perdimento do ativo.

Vimos que em certos casos a Lei Anticorrupção Brasileira pode atribuir à sucessora responsabilidade por atos ilícitos praticados pela empresa adquirida, limitada ao pagamento de multas e à reparação integral do dano, no limite do patrimônio transferido. Mesmo com essa delimitação, o risco ainda pode ser tão alto a ponto de inviabilizar operações de compra e venda.

No setor de infraestrutura, o risco ainda é maior quando pensamos que a consequência pode ser a perda dos ativos do comprador: cancelamento da concessão ou a rescisão/anulação dos contratos celebrados com a administração pública que de alguma forma estejam viciados por atos de corrupção.

Ainda que reste ao particular a possibilidade de receber indenização pelo valor do

investimento ainda não amortizado, isso claramente não é suficiente para compensar o prejuízo sofrido pelo adquirente. Primeiro, porque esses procedimentos de indenização são lentos e custosos e, depois, porque o ativo ao final será perdido em definitivo, comprometendo assim o fluxo de caixa projetado e o retorno do investimento inicialmente esperado.

Investimentos em infraestrutura, com alto grau de interação ou dependência com o poder público, exigem cautelas mais elevadas pelos investidores, principalmente quando envolverem vendedores que estejam relacionados com incidentes de corrupção.

Em primeiro lugar, é fundamental uma diligência específica nos contratos administrativos relacionados aos ativos pretendidos e aos procedimentos licitatórios que os antecederam. Desconformidades durante a licitação/concessão e na gestão contratual (especialmente quanto a eventuais procedimentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou de revisão de preços) podem acarretar a anulação do contrato.

Além disso, o investidor poderá negociar mecanismos de proteção do investimento, mitigando sua exposição. Por exemplo, recomendam-se cláusulas de efeito adverso (*MAC clauses*), pagamento em parcelas com possibilidade de retenção de parcelas vincendas e utilização de *escrow accounts*.

4.2 RESPONSABILIDADE EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

Tendo a Lei Anticorrupção Brasileira sido criada com o propósito de responsabilizar as pessoas jurídicas beneficiadas por atos lesivos à Administração Pública, cuidou ela também de proteger que esse propósito não seja frustrado por conta de operações societárias, atos de reorganização e modificações nos atos constitutivos das entidades. Nesse contexto, como regra geral, haverá sucessão das obrigações derivadas da Lei Anticorrupção Brasileira, com a limitação, nos casos de fusão e incorporação, às sanções não-personalíssimas (pagamento de multas e reparação do dano) e, ainda assim, até o limite do valor do patrimônio líquido transferido. Dispõe seu art. 4º, *caput* e § 1º, conforme segue:

Art. 4 - Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1 - Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções

previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

O objetivo da Lei Anticorrupção Brasileira é claro: evitar que os mencionados expedientes (legítimos e frequentes na vida de qualquer entidade) venham a impedir a imputação do ilícito ou a execução das penalidades ou do dever de reparar.

CARVALHOSA entende que não seriam todas as reorganizações societárias capazes de acarretar em sucessão das multas e passivos de corrupção, mas apenas quando forem preenchidos alguns requisitos:

E no dimensionamento da imputação objetiva das pessoas jurídicas decorrentes da reorganização societária para os fins de punição (Capítulo IV) e, como efeito seu, a plena responsabilização judicial instituída no Capítulo VI deve, necessariamente, ser levada em conta: se elas (i) mantêm o mesmo objeto social; (ii) se para elas migraram os certificados de demais elementos de credenciamento das empresas originárias junto ao Poder Público; (iii) se com tais atestados e certificados de obras e de serviços anteriormente obtidos pela pessoa jurídica incorporada, fusionada ou cindida continuou a pessoa jurídica resultante de tais operações de reorganização ou dispersão (cisão) a contratar com a administração pública, ou se com tais certificados e credenciamentos participa de licitações e de leilões; e (iv) se prosseguem as pessoas jurídicas resultantes da reorganização ou da dispersão (cisão) executando os contratos anteriormente firmados junto à administração pública pelas pessoas jurídicas originárias.³¹⁶

Faz-se, então, necessário, analisar a natureza jurídica de cada um desses institutos (socorrendo-se do Direito Comercial) e precisar a aplicação da sucessão dos efeitos da Lei Anticorrupção Brasileira. As operações de reorganização societária mencionadas no art. 4º são três (fusão, incorporação e cisão) e, além disso, a alteração contratual e a transformação societária, que não implicam alterações no patrimônio da pessoa jurídica³¹⁷. Vamos a elas.

4.2.1 Alteração dos documentos organizacionais

O art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira refere-se a “alteração contratual”, mas entendemos que o adequado seria referir-se a “alteração dos documentos organizacionais”, uma vez que “contrato social” seria aplicável somente às sociedades de natureza contratual, tais como as sociedades limitadas, as sociedades simples (em sentido estrito), as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples, sendo que há outros tipos

³¹⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158-159.

³¹⁷ CARVALHOSA sustenta que as modalidades de atos societários previstos no art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira não são exaurientes e podem incluir outros negócios jurídicos societários que tenham por propósito frustrar a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira. CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 156.

societários que se formam e se regem por “estatutos sociais”, tais como as sociedades por ações (incluindo sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações), as associações, as fundações e as cooperativas. Entendemos que o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira alcança todos esses casos.

Via de regra, a pessoa jurídica adquire personalidade com o registro de seus atos constitutivos perante o órgão registrário próprio. Pode ocorrer, no entanto, que, no curso de existência da pessoa jurídica, seus sócios decidam modificar os termos originais de sua constituição, o que será feito por alterações contratuais ou por assembleias/reuniões de sócios com o propósito de alterar o estatuto social (muitas vezes pelo princípio majoritário, dispensando unanimidade). tais modificações podem versar sobre diversas matérias, tais como o objeto social, a sede, o capital social, o quadro societário, as regras de responsabilização etc.

O art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira vem a dispor que tais modificações não terão eficácia jurídica quando tiverem por propósito impedir, elidir, mitigar ou de qualquer forma condicionar a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica pelos atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira.

Citamos, por exemplo, uma alteração contratual ou deliberação assemblear que vise a reduzir o capital social e devolver patrimônio aos sócios, com o propósito de frustrar a cobrança de multas judiciais ou administrativas ao amparo da Lei Anticorrupção Brasileira. As autoridades sancionatórias (judicial ou administrativa) poderão suspender os efeitos de tal redução de capital, com base no aludido art. 4 (além de perseguir hipótese de fraude a credores, já contemplada no Código de Processo Civil).

4.2.2 Transformação

A transformação é o ato por meio do qual uma pessoa jurídica, mantendo sua existência e patrimônio, altera, mediante modificação do seu ato constitutivo, seu tipo jurídico para outro tipo jurídico previsto no ordenamento³¹⁸. A mesma liberdade de escolha do tipo societário de que gozam os fundadores, quando da constituição de uma pessoa jurídica, gozam também os sócios/acionistas ao longo da vida da entidade. Essa

³¹⁸ Sobre a tipicidade legal obrigatória e o embate entre a liberdade de contratar e a tipologia societária, ver SZTAJN, Rachel *Contrato de sociedade e formas societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

modificação de tipo societário, no entanto, não pode alterar ou prejudicar o direito de eventuais credores.

Já existem, no Código Civil e na Lei das Sociedades por Ações, dispositivos que protegem os credores em caso de transformação societária, de forma que seria desnecessário a Lei Anticorrupção Brasileira prever uma norma a esse respeito. A Lei Anticorrupção Brasileira apenas reitera o comando legal já vigente. Confira-se:

Código Civil - Art. 1.115 - A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Lei das Sociedades por Ações - Art. 222 - A transformação não prejudicará, em caso algum, os direitos dos credores, que continuarão, até o pagamento integral dos seus créditos, com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia.

Imaginemos a transformação de um tipo jurídico de responsabilidade ilimitada (sociedades simples ou sociedade em nome coletivo, por exemplo) para o tipo jurídico que contemple responsabilidade limitada (sociedade limitada ou sociedade por ações, por exemplo). Essa transformação não surtirá efeitos perante as autoridades sancionatórias (judicial ou administrativa), que poderão continuar a se valer dos arts. 1.023 e 1.039 do Código Civil, que dispõem que, (i) “se os bens da sociedade (simples) não lhe cobrirem as dívidas, responderão os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária” e (ii), no caso de sociedade em nome coletivo, respondem “todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais”.

4.2.3 Fusão, cisão e incorporação

Diferentemente dos casos anteriores, as operações societárias de fusão, cisão e incorporação acarretam em modificação e sucessão de patrimônios, no todo ou em parte, e por isso podem ter efeitos econômicos diretos perante terceiros, incluindo credores e autoridades (judiciais e administrativas) que venham a aplicar a Lei Anticorrupção Brasileira.

Nos termos do art. 228 da Lei das Sociedades por Ações, “fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”. Ou seja, duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, que se dissolvem e extinguem, sem prévia liquidação, formam uma sociedade nova, com novo patrimônio, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Já a incorporação, nos termos do art. 227 da Lei das Sociedades por Ações, “é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Ou seja, uma ou mais sociedades existentes fundem-se e deixam de existir e seus patrimônios são vertidos para uma terceira sociedade pré-existente, a cujo patrimônio somam-se os patrimônios das sociedades incorporadas. Em outras palavras, o patrimônio da sociedade incorporadora recebe os patrimônios das sociedades incorporadas e as sucede em todos os seus direitos e obrigações.

Nos casos de fusão e incorporação ocorre transposição patrimonial e sucessão universal, de sorte que as sucessoras devem responder por todas as obrigações e responsabilidades das sucedidas, independentemente da origem do passivo. Em tese, os credores por obrigações decorrentes de atos lícitos e ilícitos não seriam prejudicados, exceto na hipótese em que a formação do novo patrimônio implicar a deterioração patrimonial que venha a inviabilizar o pagamento da multa e a reparação do dano (por exemplo, fusão ou incorporação com uma sociedade altamente deficitária, com passivo a descoberto e contingências relevantes). Nesse caso de deterioração patrimonial, essa fusão ou incorporação não surtiria efeitos para fins da Lei Anticorrupção Brasileira.

A cisão, por fim, “é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão” (art. 229 da Lei das Sociedades por Ações).

A cisão pode ser total, quando a sociedade cindida verter todo o seu patrimônio e deixar de existir, hipótese em que haverá sucessão universal e a sociedade receptora do patrimônio responderá solidariamente pelas obrigações da companhia extinta, valendo, portanto, os comentários acima sobre fusão e incorporação.

No entanto, a cisão também poderá ser parcial, quando a sociedade cindida verter parcela do seu patrimônio e continuar a existir. Nesse último caso, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida a sucederá apenas nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão (art. 229, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações). Caso o ato de cisão parcial estabeleça responsabilidade apenas pelas obrigações a serem expressamente transferidas, sem solidariedade, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 dias

a contar da data da publicação dos atos da cisão.

Ocorre que, com relação à cisão parcial, a Lei Anticorrupção Brasileira derogaria, em seus limites de aplicação (responsabilidade administrativa e cível pelos atos de corrupção), o art. 233, § único, da Lei das Sociedades por Ações, que permite o afastamento convencional da solidariedade em caso de cisão parcial, na medida em que seu art. 4º cria uma regra cogente, não afastável pelas partes, que determina que subsistirá integralmente a responsabilidade.

Nas palavras de MARIANO,

o conteúdo normativo do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.846/2013 define inteiramente a questão e impede, para imputação da ilicitude e aplicação da penalidade, o afastamento da solidariedade entre as pessoas jurídicas resultantes da fragmentação patrimonial derivada da cisão da sociedade infratora. Em conclusão, portanto, por força do dispositivo em comento, a cisão acarretará necessariamente a sucessão das sociedades resultantes, de modo que a ilicitude e as consequências legais (sanção e dever de reparação) ser-lhes-ão imputadas solidariamente – inclusive, em caso de cisão parcial, à própria cindida (sobrevivente).³¹⁹

Assim, tem-se que, caso uma sociedade infratora da Lei Anticorrupção Brasileira venha a ser cindida para versão de parcela do seu patrimônio a terceiros, poderão as autoridades (judiciais e administrativas) proceder de duas maneiras: (i) se as multas ou obrigações de reparação de danos já estiverem materializadas e exigíveis, apresentar oposição na qualidade de credores, ao ato de cisão parcial que vier a afastar a solidariedade (art. 233, § únicoº, da Lei das Sociedades por Ações), e, (ii) em qualquer caso, invocar o art. 4º da referida Lei para tornar ineficaz tal cisão com relação aos atos ilícitos e suas consequências legais (sanção e dever de reparação) oriundos da Lei Anticorrupção Brasileira.

Para as operações de fusão e incorporação apenas (note-se a omissão das operações de cisão) o art. 4, § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira dispõe o seguinte:

§ 1 - Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

Tal dispositivo impõe uma limitação na regra de sucessão prevista no *caput* do

³¹⁹ MARIANO, Álvaro A. C., op. cit, p. 585-586.

artigo, de forma que a sucessora recebe os patrimônios transferidos, mas não integralmente, senão com restrições. Trata-se de sucessão mitigada, para que a sucessora da sociedade incorporada ou fusionada somente receba as obrigações de pagar multa ou indenização para ressarcimento do prejuízo causado. Trata-se de limitação de sucessão quanto à natureza da sanção (multas e indenizações) e quanto ao montante da sucessão (até o valor do patrimônio transferido).

PIMENTEL FILHO³²⁰ sustenta que, na prática, essa limitação do parágrafo primeiro afasta a aplicação de qualquer outra sanção à sociedade resultante da incorporação ou fusão, senão o dever de pagamento de multa e reparação do dano, e ainda assim esse dever ficaria limitado ao valor do patrimônio transferido.

Entendimento diverso, do qual discordamos, tem GUARAGNI³²¹, que defende que a expressão “até o limite do patrimônio transferido” refere-se exclusivamente à “obrigação de reparação integral do dano causado”, que vem imediatamente antes na frase, mas não ao “pagamento de multas”, que vem em local mais afastado na frase. Parece-nos uma interpretação demasiadamente literal, sem fundamento teleológico.

CARVALHOSA entende que a limitação do art. 4, § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira “fere o princípio multimilenar da sucessão das responsabilidades jurídicas”, de forma que as entidades receptoras do patrimônio corrupto “são sucessoras universais das sociedades originárias, para todos os fins [...] notadamente para o fim da punição penal-administrativa e dos seus efeitos de responsabilização judicial”³²². Em outras palavras, ele nega a aplicação do art. 4, § 1º, por ferir a correta interpretação sistemática das regras de sucessão. Ele entende que a multa inscrita no art. 6º, inc. I, deverá ser objeto de sucessão integral, mas a responsabilidade civil da sucessora por danos será restrita ao limite do patrimônio transferido.

Assim como MARIANO³²³, e contrariamente a GUARAGNI e CARVALHOSA, entendemos que o art. 4, § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira veicula norma específica, que excepciona o regime geral da sucessão universal, e assim derroga as regras de sucessão

³²⁰ PIMENTEL FILHO, André, op. cit., p. 589-590.

³²¹ GUARAGNI, Fábio Andre. Comentários ao art. 1º ao 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Andre (coord.). *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 47-102.

³²² CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 159.

³²³ MARIANO, Álvaro A. C., op. cit, p. 585-586.

universal do Código Civil e Lei das Sociedades por Ações, para os fins exclusivos das multas e obrigações de reparação por atos ilícitos violadores da Lei Anticorrupção Brasileira. Dessa forma, as sociedades incorporadoras ou resultantes de uma fusão não responderão pelo passivo de multas e obrigações de reparação, na parcela em que exceder o valor do patrimônio líquido transferido (salvo, evidentemente, em caso de simulação ou fraude, como o próprio § 1º ressalva). Essa interpretação nos parece necessária para não expor os agentes econômicos a um grau manifestamente excessivo de insegurança e incerteza jurídica. Não nos parece razoável que terceiro de boa-fé que, por razões comerciais lícitas, venha a negociar uma fusão ou incorporação com entidade que tenha praticado atos de corrupção, tenha seu patrimônio exposto a um passivo tão dramaticamente imprevisível que comprometeria sua própria existência e continuidade. Essa interpretação não favorece, de forma alguma, a impunidade dos agentes infratores, porque sempre haverá mecanismos, no próprio § 1º ou em outras leis, para proteção contra fusões ou incorporações feitas com simulação ou fraude.

Por fim, vale notar que o art. 4, § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira cria uma limitação de sucessão para os casos de fusão e incorporação, mas nada dispõe sobre o caso de cisão. Seria um lapso do legislador? Seria possível ler o § 1º em consonância com o *caput* da Lei Anticorrupção Brasileira, de forma a estendê-lo também às operações de cisão? Tendo o *caput* criado uma regra geral (de sucessão patrimonial) e o § 1º uma exceção à regra geral (de limitação), parece-nos que tal exceção deva ser interpretada restritivamente, prevalecendo, *in casu*, a regra da sucessão universal do *caput*. Entendimento diverso dependeria de alteração legislativa.

Conforme COSTÓDIO FILHO, “não se reconhece ao § 1º do art. 4º da Lei Anticorrupção a mesma validade ora atribuída ao seu *caput*. A uma, questiona-se a regra que dispensa tratamento diferenciado entre os casos de fusão e incorporação, de um lado (sucessão parcial), e os de cisão e transformação, de outro (sucessão integral). Isso soa contrário ao princípio da igualdade, pois não se identifica qual fator de desigualdade existe entre aquelas hipóteses de reorganização societária, a ponto de justificar dito tratamento desigual neste ponto”³²⁴.

³²⁴ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Sanções administrativas e sucessão empresarial: o caso da lei anticorrupção*. São Paulo, 2015, p. 44.

4.2.4 Exceção da simulação e fraude

Conforme estudado acima, se por um lado o art. 4º, § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira estende a responsabilidade objetiva nos casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, por outro lado limita essa responsabilidade por sucessão (i) à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não havendo sucessão pelas demais sanções da Lei Anticorrupção Brasileira (de natureza personalíssima) e (ii) apenas aos atos e fatos ocorridos antes da data de tais eventos societários. Tal limitação de responsabilidade não se aplicará quando houver “simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”. Confira-se:

Art. 4 - Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1 - Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, *exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados* (grifo nosso).

Por isso, importante estudar os conceitos de simulação e fraude, confrontando-os com outras formas lícitas de reorganizações societárias, entre elas o “negócio jurídico indireto” de ASCARELLI³²⁵.

Em primeiro lugar, haverá simulação nos negócios jurídicos quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se transferem, quando contiverem declaração, confissão ou cláusula não verdadeira ou quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados. Nos termos do art. 167 do Código Civil, é necessária a vontade do autor em prejudicar terceiros ou violar disposição expressa de lei. Simulação é a declaração enganosa da vontade visando a produzir efeitos diversos do ostensivamente indicado, com o fim de criar uma aparência de direito, para iludir terceiros ou burlar a lei. É um ato bilateral, em que duas ou mais pessoas fingem a prática de um ato jurídico, e dessa forma não será um defeito do ato jurídico se não houver prejuízo a alguém ou violação da lei. A simulação pode ser absoluta, quando o negócio jurídico é inteiramente simulado, ou seja, quando a declaração enganosa da vontade é feita

³²⁵ ASCARELLI, Tullio. *Negócio jurídico indireto*. Lisboa: Jornal do Foro, 1965.

sem intenção de realizar negócio algum, com o intuito apenas de prejudicar terceiros; nesse caso, a consequência é a nulidade do negócio jurídico simulado por completo. A simulação pode ser também relativa, quando as partes de fato pretendem realizar um negócio jurídico, mas dão-lhe aparência diversa da vontade declarada com o efeito de prejudicar terceiros (por exemplo, venda por preço inferior ao efetivamente ajustado com o propósito de reduzir impostos e prejudicar o Fisco). Nesse caso, o negócio jurídico não é nulo por completo, mas serão anuladas apenas as cláusulas simuladas, valendo o que há de verdadeiro.

No caso da fraude, trata-se do uso de meio enganoso ou ardiloso com o intuito de contornar a lei ou um contrato, seja ele preexistente ou futuro³²⁶. Nessa linha, para que haja fraude, é necessário que haja uso de meio ilícito que resulte em lesão de terceiro. São várias as espécies de fraude, dividindo-se por vários corpos legais e ganhando características diferentes, sendo que as principais espécies são a fraude contra os credores e fraude à execução, que constituem meios ilícitos de evitar que os credores de um devedor insolvente tomem os bens deste como pagamento das dívidas. A fraude contra credores, prevista nos arts. 158 a 165 do Código Civil, trata-se de uma conduta de má-fé, cujos atos praticados, causam prejuízos econômicos aos credores, vez que o executado, vem a desfalcocar seu patrimônio com o intuito de evitar processo de execução de suas dívidas; a forma de impedir este tipo de fraude é por meio da ação pauliana. Já a fraude à execução, prevista no art. 593 do Código de Processo Civil, ocorre quando há alienação ou oneração de bens durante processo de execução.

A fraude contra credores diferencia-se da simulação, pois nesta exige-se necessariamente dois participantes, além da existência efetiva de um negócio jurídico aparente, que crie uma falsa ilusão de realidade perante um terceiro, e visa, necessariamente, a prejudicar as pessoas alheias ao negócio formado.

Para fins da Lei Anticorrupção Brasileira, a limitação da responsabilidade por sucessão disposta no art. 4º, § 1º, não se aplicará em casos de simulação ou fraude. Porém caso totalmente diverso é do “negócio jurídico indireto”, modalidade lícita que muitas vezes é utilizada em operações societárias e empresariais e que, portanto, pode se beneficiar da limitação de responsabilidade do art. 4º, § 1º.

³²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. Atlas, 2011, p. 213.

Segundo ASCARELLI, “há um negócio indirecto quando as partes recorrem no caso concreto a um negócio jurídico determinado, para atingir através dele, consciente e consensualmente, fins diversos dos típicos da estrutura do negócio adoptado. Mas a escolha de determinado negócio, seja embora para escopos indirectos, não é feita ao acaso; encontra a sua explicação na intenção das partes de se sujeitarem, não somente à forma, mas também à disciplina do negócio adoptado”³²⁷. O autor cita como exemplo de negócio jurídico indirecto o negócio fiduciário, em que há transferência da propriedade para fins de garantia: a transferência da propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não porém para um fim de troca ou alienação, mas para um fim de garantia.

Situação completamente diversa é o caso da simulação, em que as partes, visando a alcançar determinada finalidade (muitas vezes ilícitas), declaram o que não corresponde à sua vontade real ou finalidade econômica almejada. Continuando com ASCARELLI:

Na simulação, as partes, para alcançar o fim visado, declaram o que não corresponde à sua vontade, enquanto regulam clandestinamente as próprias relações jurídicas de modo conforme à vontade real; no negócio indirecto, ao contrário, o fim prático visado pelas partes é alcançado justamente por meio do negócio adoptado e declarado.³²⁸

Referido autor entende que a doutrina do negócio jurídico indirecto visa a evidenciar um fenômeno sociológico e histórico que decorre da utilização de um determinado negócio, com o objetivo de atingir fins diversos daqueles que lhe são tipicamente peculiares, mas que não representam ato ilícito, nem simulação da declaração de vontade das partes, nem tampouco fraude a dispositivos legais aplicáveis e suas consequências³²⁹.

Em se tratando de operações societárias, é muito comum que operações de junção ou separação de patrimônio (tais como incorporação, cisão ou redução de capital com entrega de bens ou valores) sejam utilizadas com o propósito de viabilizar e formalizar venda de ativos, fundo de comércio ou atividade empresarial. Seria, portanto, o caso de um negócio jurídico indirecto, com o objetivo de atingir finalidade diversa daquela que lhe é tipicamente peculiar. Não havendo dissimulação da vontade das partes, ocultação dos propósitos econômicos, ou fraude à lei ou credores, não configurariam “simulação” ou “fraude”, e, portanto, não sofreriam a limitação do art. 4º, § 1º, da Lei Anticorrupção

³²⁷ ASCARELLI, Tullio, op. cit., p. 10.

³²⁸ ASCARELLI, Tullio, op. cit., p. 32.

³²⁹ ASCARELLI, Tullio, op. cit., p. 44.

Brasileira.

4.2.5 Transmissibilidade das sanções

FERREIRA³³⁰ entende haver duas categorias de sanções administrativas, a objetiva e a subjetiva. A sanção administrativa é qualificada como objetiva quando a lei impõe objetivamente uma consequência jurídica desfavorável pela simples violação da norma de conduta. Justamente por seu caráter objetivo, tais sanções poderão ser transmissíveis a outros sujeitos que não o infrator, podendo a norma disciplinar a figura do responsável (subsidiário ou solidário). No caso de sanção administrativa subjetiva, que volta atenção à valoração pessoal do infrator (como a intensidade do dolo ou culpa, ou circunstâncias agravantes ou atenuantes), estas nunca poderão ser diretamente impostas a outro sujeito que não o infrator. À luz dessa distinção, ressalta o autor que, no contexto de uma sociedade de riscos, o sistema brasileiro de responsabilidade administrativa é predominantemente estruturado em infrações e sanções objetivas, como se vê no campo tributário, ambiental, de defesa da ordem econômica, em matéria de licitações, em matéria de corrupção etc.

FERREIRA propõe ainda uma classificação das sanções em razão da restrição imposta: (i) sanções reais, são as pecuniárias (multas) que gravam as coisas, possuindo natureza real, e (ii) sanções pessoais, todas as demais que atingem a pessoa do sujeito passivo da sanção. Conclui o autor que “é constitucionalmente válido transmitir-se, na forma da lei, as sanções reais (pecuniárias ou que recaem sobre os bens) e, de modo similar, vedado diretamente impor a terceiros sanções subjetivas (que gravam a figura do infrator e não consideram apenas a conduta proibida)”³³¹.

BANDEIRA DE MELLO entende de forma diversa:

o que cumpre verificar é se existe ou não, por parte de alguém diverso do infrator, e a ser qualificado como responsável, a possibilidade de lhe controlar a conduta ou, quando impossível tal controle, se este terceiro dispõe de meios para constringer o infrator a suportar a sanção pecuniária. São, pois, duas hipóteses em que se pode admitir a transmissibilidade das multas e, pois, o surgimento da figura do responsável. Uma hipótese é aquela em que o sujeito a ser configurado responsável dispõe de controle sobre o infrator. Outra hipótese é aquela em que o sujeito qualificável como responsável dispõe de meios para constringer o infrator

³³⁰ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 266-273.

³³¹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 46.

a se submeter ao pagamento da multa.³³²

Analisando a transmissibilidade das sanções no contexto da Lei de Licitações e da Lei de Improbidade Administrativa, SUNDFELD e CAMARA orientam:

Nosso entendimento é que a transmissão de sanções restritivas do direito de celebrar contratos com a Administração Pública ocorre em apenas duas situações: *por desconsideração da personalidade jurídica*, em virtude de abuso ou fraude; e em caso de *sucessão de estabelecimento empresarial*, com o consequente esvaziamento da empresa punida, especialmente em virtude da transferência do acervo técnico que viabilizava sua habilitação em licitações.³³³ (grifos nossos)

Segundo tais autores, a extensão das obrigações ou sanções a outra pessoa jurídica relacionada pode vir de dois grupos: (i) a extensão dos *efeitos patrimoniais* oriundos de sanções ou dívidas pode ser estendida por previsão legal expressa de que o terceiro assuma como devedor principal (responsabilidade solidária) ou em caráter acessório (responsabilidade subsidiária) e (ii) a extensão das *obrigações patrimoniais e das sanções restritivas de direito* pode advir da desconsideração da personalidade jurídica, mas essa desconsideração nunca é objetiva, nunca resulta da aplicação automática prevista em lei, pois é necessário que se constate e prove a fraude ou abuso da personalidade.

A extensão de sanções restritivas de direitos no campo contratual administrativo seguirá a lógica da legislação cível: ela somente ocorrerá se for constatada fraude ou outra forma de abuso de personalidade jurídica. Em outras palavras, a transferência de efeitos de sanções restritivas de direito somente ocorrerá em operações societárias ou transferências que sejam consideradas fraudulentas ou abusivas, caso-a-caso³³⁴. Apenas em situações excepcionais, nas quais a personalidade jurídica é utilizada como mecanismo para a prática de ilícitos, existe a possibilidade de não considerar a personalidade da entidade apenada, para então alcançar seus sócios³³⁵.

Nessa linha, o STJ entendeu que a declaração de inidoneidade tivesse seus efeitos estendidos a empresa criada posteriormente à imposição da sanção que contava com o

³³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 212.

³³³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 195.

³³⁴ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 195.

³³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Limites da desconsideração da personalidade jurídica na sanção de impedimento de contratar com a administração pública. Pareceres*. vol. III. São Paulo, RT, 2013, p. 321.

mesmo objeto social, os mesmos sócios e o mesmo endereço da empresa originalmente punida, uma vez que, em face dos indícios apontados, reconheceu que a operação societária constituía fraude à lei, configurando abuso de forma. Confira-se:

A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.³³⁶

A desconsideração da personalidade jurídica nas sanções de proibição de contratar nunca pode ser aplicada de forma automática, depende de prova de fraude à lei ou abuso da personalidade. Assim, conforme SUNDFELD e CÂMARA, “não parece adequado presumir que todas as pessoas jurídicas controladas por uma pessoa punida administrativamente devam, por esta simples razão, sofrer idêntica restrição de direitos. Vários fatores devem ser ponderados para justificar a desconsideração da personalidade jurídica nesses casos”³³⁷.

A Lei de Improbidade Administrativa segue o mesmo princípio, pois impõe exclusivamente ao infrator a proibição de contratar com a Administração Pública, mas a proibição envolve também a contratação que seja feita “direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário” (art. 12, I, II e III da Lei de Improbidade Administrativa). Mas a proibição não recai sobre todas as pessoas jurídicas que façam parte do grupo econômico da pessoa punida ou com ela tenha algum vínculo societário. É que a lei busca evitar fraudes, e não multiplicar a punição a todas as empresas que façam parte de um mesmo grupo econômico e que atuem lícita e regularmente. SUNDFELD e CÂMARA ilustram a questão:

Caso certa empresa, totalmente alheia ao processo sancionatório, desenvolva regularmente suas próprias atividades, por conta das quais celebre contratações

³³⁶ STJ - RMS: 15166 BA 2002/0094265-7, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/08/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.09.2003 p. 262, RDR vol. 27 p. 378R, STJ vol. 172, p. 247.

³³⁷ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *A proibição de contratar com o poder público e seus efeitos sobre os grupos empresariais. Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 200.

com o Poder Público, não ficará impedida de fazê-lo pelo simples fato de outra empresa de seu grupo econômico haver sofrido as sanções da Lei de Improbidade. A lei é clara quanto a isso: *a sanção é sempre pessoal, imposta especificamente sobre a empresa ou as empresas infratores*; não existem sanções difusas ou coletivas, que alcancem outrem em virtude de simples vínculos de capital, não como consequência da prática pessoal de infrações.³³⁸

SUNDFELD e CÂMARA entendem que esse raciocínio está presente não somente na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações, mas também na Lei Anticorrupção Brasileira. Ao analisar o art. 4º, § 2º, de tal lei (que atribui responsabilidade solidária às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas), os autores entendem que a extensão das sanções restritivas de direitos para além da pessoa jurídica punida “ocorre apenas quando da constatação de abuso de forma da constituição da nova pessoa jurídica, se a operação societária não passar de instrumento para fraudar a aplicação da lei”³³⁹. Se a empresa tiver sido cindida/incorporada/constituída antes de ser sancionada e houver razão gerencial ou econômica a justificar a divisão de ativos ou reorganização societária, a nova entidade não deverá sofrer as sanções impostas à empresa original. Se a empresa original continuou operando de modo efetivo e regular, sem que tenha havido interrupção de suas atividades ou esvaziamento total do seu patrimônio, ela teria como suportar ônus da ação punitiva estatal, não havendo motivo para cogitar da extensão da sanção às novas empresas.

Mais incisivamente, SUNDFELD e CÂMARA entendem que a transmissibilidade da sanção não deveria ocorrer mesmo que a atividade/negócio objeto da sanção tenha sido transferido:

Isso vale, inclusive, para a hipótese em que, desenvolvendo a empresa-mãe diversos tipos e atividade, a específica atividade objeto da sanção tenha sido transferida para a nova empresa. Isto é: mesmo quando a sanção derivar de atividade pertencente ao segmento cindido, seus efeitos haverão de recair sobre a pessoa jurídica que a praticou (a empresa-mãe, que continua operando, de direito e de fato), e não sobre aquela que absorveu a respectiva atividade (empresa nova, de atuação específica). Nesse caso, o critério para incidência da sanção é subjetivo (recai sobre quem praticou o ato ilícito), e não material (sobre a atividade).³⁴⁰

³³⁸ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, op. cit., p. 201.

³³⁹ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, op. cit., p. 203.

³⁴⁰ Conforme SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, op. cit., p. 203.

5 RESPONSABILIDADE EM GRUPOS SOCIETÁRIOS E OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

O dinheiro não é só facilmente dobrável como dobra facilmente qualquer um. (Millôr Fernandes)

No contexto de aquisições de empresas e investimentos acionários (também chamado de *mergers & acquisitions*, M&A, ou fusões e aquisições), as violações pretéritas dos dispositivos da Lei Anticorrupção Brasileira pelas companhias-alvo ou seus colaboradores poderá resultar em responsabilidade jurídica (multas administrativas ou obrigação de reparação dos danos), ou mesmo consequências reputacionais negativas, que poderão recair sobre a empresa adquirida ou mesmo sobre o adquirente/investidor. Conforme estudo de WARIN³⁴¹ nos Estados Unidos, mais de um terço das investigações e ações punitivas movidas pelo DOJ e pela SEC em 2009 versava sobre responsabilidade por sucessão surgida no contexto de operações de fusões e aquisições.

Existem diversas formas de estruturar a aquisição de uma empresa no mundo de fusões e aquisições, mas, como regra geral, quando uma empresa adquire outra empresa-alvo, ela adquire tal empresa-alvo com todos seus passivos (conhecidos ou ocultos) e responsabilidade pelas violações passadas relacionadas à Lei Anticorrupção Brasileira e ao FCPA. Mais que isso, em determinados casos, o adquirente poderá também ser diretamente responsabilizado pelos passivos de multas de corrupção das empresas-alvo adquiridas, colocando seu patrimônio pessoal em risco.

As consequências da aquisição ou investimento em empresas envolvidas em corrupção podem ser devastadoras: multas administrativas³⁴², perdimento de bens, obrigação de reparação de ilícitos, proibição de receber incentivos ou subsídios, proibição de contratar com o poder público, suspensão de atividades ou mesmo a dissolução compulsória. Além disso, escândalos de corrupção e a possibilidade de punição abalam a reputação das empresas investigadas no mercado, levando na maioria das vezes a uma queda vertiginosa da cotação de suas ações em bolsas de valores. Em muitos casos,

³⁴¹ WARIN, Joseph et al. Nine Lessons of 2009: The Year-in-Review of Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. *38 Securities Regulation Law Journal* 19, p. 20, 2010.

³⁴² Conforme visto acima, no Brasil as multas administrativas da Lei nº 12.846/13 podem chegar a 20% do faturamento bruto do exercício anterior, ou até R\$ 60 milhões caso não seja possível utilizar o critério do faturamento.

investigações anticorrupção e a queda no preço das ações fazem com que investidores que se sintam lesados ingressem com ações de indenização no Brasil (por ações individuais, ações derivadas ou ações civis públicas) e no exterior (por meio das tão temidas *class actions* contra empresas que tenham ações listadas em bolsas americanas). Todo esse cenário de litígio resulta em altíssimos custos legais envolvidos na investigação e defesa em procedimentos sancionatórios e ações movidas por acionistas. Não bastasse, em muitos casos as autoridades governamentais impõem a contratação de monitores independentes, que representa uma despesa relevante para as empresas monitoradas.

Nesse contexto de exposição patrimonial incalculável, muitas empresas preferem o caminho da justiça negociada e optam por celebrar acordos de leniência (ou nos Estados Unidos os famosos “*deferred prosecution agreements* – DPAs” ou “*non-prosecution agreements*” – NPAs) com penalidades vultosas e por isso temos poucos precedentes judiciais e administrativos que possam nortear a análise dos limites da responsabilidade e extensão a terceiros.

Nesse contexto, tornou-se prática consolidada de mercado a realização de uma série de diligências investigatórias na etapa que antecede a operação de fusão ou aquisição, ocasião em que o adquirente levanta e analisa informações técnicas, contábeis, fiscais e financeiras da companhia-alvo, além de informações jurídicas relacionadas às esferas trabalhistas, societárias, ambientais, imobiliárias, de propriedade intelectual, administrativas, entre outras, conforme o caso. Nesse trabalho, em tempos recentes, também se realiza a chamada diligência anticorrupção (*anti-corruption and compliance due diligence*), cujo objetivo principal é determinar os riscos relacionados a violações às leis anticorrupção aplicáveis.

A intensidade e a profundidade da diligência anticorrupção variarão conforme a intensidade de relacionamentos público-privados da companhia-alvo, incluindo relações comerciais com o Governo e nível de regulação da atividade ou setor. Por exemplo, se a companhia-alvo está sujeita a uma intensa regulação ou depende de licenciamentos e autorizações governamentais, ou se a companhia-alvo auferir receita relevante de vendas para o Governo (entendido como administração pública direta ou indireta, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista), ou mesmo depende de financiamento relevante de órgãos públicos, então a realização dessa diligência anticorrupção será altamente recomendável, haja vista o cenário de maior risco em que as atividades da

companhia-alvo se desenvolvem.

No Guia FCPA, o DOJ e a SEC incentivam que seja realizada uma minuciosa *due diligence* pré-aquisição, não somente para identificar e mitigar os riscos de penalidades por infrações às leis anticorrupção, mas para aferir mais adequadamente o valor da companhia-alvo, já que “[c]ontratos obtidos por intermédio de propinas podem não ser executáveis, negócios obtidos ilegalmente podem ser perdidos quando os pagamentos de propina são interrompidos, pode existir uma responsabilização por atividades ilícitas pretéritas e as práticas anteriores de corrupção podem danificar a reputação da companhia adquirente, bem como a sua prospecção de novos negócios”³⁴³.

Normalmente, o rigor acadêmico aconselharia que o estudo começasse com a análise dos normativos, doutrina e jurisprudência da jurisdição principal (no caso, o Brasil), para depois proceder a um estudo de Direito comparado com outras jurisdições, para estabelecer semelhanças, diferenças e sugestões de melhoria. Nesse tema, no entanto, optamos por iniciar o estudo com a análise do FCPA e alguns casos paradigmáticos nos Estados Unidos da América, pois tal jurisdição apresenta um estágio mais avançado sobre a matéria. Em seguida confrontaremos com a Lei Anticorrupção Brasileira.

Neste capítulo, pretendemos abordar a responsabilidade por ilícitos de corrupção contra a administração pública nos grupos societários, as hipóteses de extensão das penalidades a outras entidades do grupo econômico, a sucessão das sanções anticorrupção pelo terceiro adquirente de pessoas jurídicas, estabelecimentos ou unidades produtivas e a sucessão de passivos anticorrupção em casos de aquisições em sede de recuperação judicial ou falência.

A delimitação clara dos limites exatos da sucessão dos passivos e sanções anticorrupção por terceiros adquirentes em caso de aquisições de empresas, estabelecimentos ou unidades produtivas é importante para não afugentarmos investidores. A sucessão indiscriminada contribui para o aumento do custo de transação e redução nos níveis de investimentos e aquisições. Conforme PALHARES:

A sucessão de responsabilidade de modo indiscriminado, ainda que limitada ao

³⁴³ Tradução de U.S. Department of Justice, FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt, Practices Act., 2012, p. 28. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminalfraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

valor do patrimônio envolvido na operação e restrita às sanções de multa e ressarcimento do valor integral do dano, tal como disciplinada no art. 4º da Lei 2.846/13, certamente influenciará para o aumento do denominado custo Brasil e da própria avaliação acerca da validade e adequação da compra de empresas brasileiras, diante do elevado risco de contingências decorrentes de violações à Lei Anticorrupção, mesmo quando não verificadas ao longo do processo de aquisição e quando certificado pelos vendedores acerca da existência de qualquer infração desse tipo.³⁴⁴

5.1 SUCESSÃO DE RESPONSABILIDADES NO FCPA

5.1.1 Responsabilidade do grupo econômico

Como regra geral nos Estados Unidos da América, as sociedades controladoras e suas subsidiárias e coligadas devem ser consideradas entidades separadas, com patrimônios e obrigações incomunicáveis, e não devem ser solidariamente responsáveis por atos ilícitos. Nesse contexto, segundo a doutrina do “*piercing of corporate veil*”, a desconsideração da personalidade jurídica somente pode ocorrer em circunstâncias bastante específicas, e a mera relação de controle societário, considerada isoladamente, não basta para tanto. Ao desconsiderar a personalidade jurídica, os juízes deverão considerar um conjunto de circunstâncias, como a confusão patrimonial, subcapitalização, dominação dos negócios, administração comum, intenção de evadir obrigações legais ou contratuais e manifesta situação de injustiça ou abuso de direito³⁴⁵.

Por outro lado, em matéria de combate à corrupção, o FCPA exige certo nível de envolvimento e monitoramento das sociedades controladoras em suas subsidiárias e coligadas, de maneira que, em certos casos, uma entidade controladora poderá ser responsabilizada pelo descumprimento dos dispositivos do FCPA por parte de suas subsidiárias.

No que diz respeito ao “dispositivo de contabilidade” (manutenção de controles internos e contabilidade), a responsabilização de uma entidade pela falha de sua subsidiária em manter controles internos e registros contábeis corretos exige uma relação de controle. O projeto de lei que instituiu o FCPA³⁴⁶ entendia tal relação de controle como o “*poder de*

³⁴⁴ PALHARES, Felipe. Corrupção empresarial: a sucessão da responsabilidade nas operações societárias lesivas à administração pública. São Paulo, *Revista de Direito Privado*, v. 67, p. 25, 2016.

³⁴⁵ *United Elec. Radio and Machine Workers of America v. 163 Pleasant Street Corp.*, 960 F2d 1080, p. 1093 (1st Cir. 1992); *Jackam v. Hospital Corp. of Am. Mideast Ltd.*, 800 F2d 1577, p. 1580 (11th Cir. 1986); *National Dairy Prods Corp. v United States*, 350 F2d 321, página 326 (8th Cir. 1965); *United States v. ACB Sales & Serv., Inc.*, 590 F Supp. 561 (D. Ariz. 1984).

³⁴⁶ H.R. Conf. Rep. N. 95-831, p. 12 (1977).

determinar a administração e política interna”, de forma que haveria uma presunção relativa de controle por qualquer pessoa que possuísse, direta ou indiretamente, mais de 50% das ações com direito a voto de outra pessoa, e de forma similar, haveria presunção relativa de ausência de controle por qualquer pessoa que detivesse menos 50% das ações com direito a voto. A SEC adotou uma postura mais rígida, estabelecendo que, nos casos de propriedade acionária votante entre 20% e 50%, haveria também uma presunção relativa de controle, cabendo, no entanto, ao interessado provar que sua participação acionária não lhe conferia o poder de determinar a administração e política interna. Já no caso de propriedade acionária votante inferior a 20%, aí sim haveria a presunção relativa de ausência de controle, transferindo-se o ônus de provar a relação de controle para as autoridades públicas³⁴⁷.

Posteriormente, em 1981, a SEC flexibilizou tal posicionamento, passando a exigir que o detentor de menos de 50% do poder de voto de uma subsidiária apenas “*atue em boa-fé e use sua influência, no limite de tal influência*, para manter controles internos e registros contábeis corretos” (nossos grifos). Como consequência, um acionista que cumprisse tal parâmetro não poderia ser responsabilizado por violações de sua subsidiária ou afiliada³⁴⁸.

Na conferência conjunta de 1988 da Câmara dos Deputados e do Senado³⁴⁹, tal conceito foi validado, em reconhecimento de que seria “irrealista esperar que um acionista minoritário pudesse exercer tamanho grau de influência sobre as práticas contábeis de uma subsidiária”. Dessa forma, o regime atual do FCPA no que diz respeito à responsabilidade do acionista controlador é o seguinte: (i) uma pessoa que detenha menos de 50% do capital votante não será responsabilizada caso demonstre que atuou em boa-fé e empenhou esforços para usar sua influência, na medida do que for razoável à luz das circunstâncias³⁵⁰, para fazer com a subsidiária ou afiliada mantenha controles internos e registros contábeis corretos (responsabilidade com inversão do ônus da prova), e (ii) uma pessoa que detenha mais de 50% do capital votante deverá assegurar que sua subsidiária mantenha controles internos e registros contábeis corretos (responsabilidade objetiva, independente de prova).

Confira-se na seção 13(b)(6) no Exchange Act de 1934:

³⁴⁷ SEC Release N. 34-17500, 29 de janeiro de 1981.

³⁴⁸ Declaração do Presidente da SEC John S. R. Shad, Fed. Sec. L. Rep (CCH), 82,882, p. 84.

³⁴⁹ H.R. Conf. Rep. N. 100-576, p. 917.

³⁵⁰ Por exemplo, solicitações à administração, pedidos de esclarecimento, registro em atas etc.

Section 13(b)(6) - Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78(1) of this title or an issuer which is required to file reports pursuant to section 78(o)(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer *proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuer's circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise and maintain a system of internal accounting controls* consistent with paragraph (2). Such circumstances include the *relative degree of the issuer's ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country* in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2). (grifos nossos).

No que diz respeito ao “dispositivo anticorrupção (proibição de suborno), a posição do DOJ norte-americano é de que “uma subsidiária estrangeira de uma empresa norte-americana não estará sujeita ao FCPA, mas seu controlador nos Estados Unidos poderá ser responsabilizado caso autorize, direcione ou participe das atividades ilícitas em questão”³⁵¹. Além disso, uma entidade organizada fora dos Estados Unidos também pode ser responsabilizada caso seja registrada perante a SEC e tenha valores mobiliários negociados em bolsas de valores norte-americanas³⁵².

Nesse caso, os elementos essenciais para a responsabilização do controlador por atos de corrupção da subsidiária são: (i) a coparticipação no ato de corrupção, que pode ocorrer pela atuação direta do controlador ou autorização para que a subsidiária pratique atos de corrupção; *ou* (ii) o “conhecimento” do pagamento com intenção de subornar.

A definição de “conhecimento” incluía, na sua origem em 1977, o conhecimento efetivo (*actual knowledge*) e o conhecimento presumido (*reason to know*)³⁵³. Posteriormente, o Congresso norte-americano eliminou, na reforma de 1988³⁵⁴, o critério de conhecimento presumido (*reason to know*), que era criticado por ser muito vago e amplo, e no seu lugar incluiu um critério mais restrito, de “desconhecimento intencional” (*willful blindness*³⁵⁵ ou *conscious disregard*). Dessa forma, atualmente o FCPA define o

³⁵¹ DOJ, Foreign Corrupt Practices Act, p. 4. No seu original em inglês: “A foreign-incorporated subsidiary of a U.S. firm will not be subject to the FCPA, but its U.S. parent may be liable if it authorizes, directs, or participates in the activity in question”.

³⁵² Como é o caso, por exemplo, de *American Depositary Receipts* (ADRs) de companhias brasileiras, tais como Embraer, Petrobras, Companhia Vale do Rio Doce, entre outras.

³⁵³ Foreign Corrupt Practices Act, Pub. L. N. 95-213, § 30A(a)3, 91 Stat, 1495-96 (1977).

³⁵⁴ H.R. Conf. Rep. N. 100-576, p. 919 (1988).

³⁵⁵ A construção jurisprudencial do “willful blindness” nos Estados Unidos surgiu no contexto de transporte ilegal de drogas. Em *United States v. Jewell* (532 F.2d 697 (9th Cir. 1976)), a corte entendeu que o desconhecimento intencional satisfaria o requisito de conhecimento (*knowledge*) com relação à posse e importação ilegal de drogas. Em diversos casos, os réus que eram processados por transportar pacotes e volumes contendo drogas ilegais defendiam-se dizendo que eles transportavam volumes e pacotes a pedido de

conhecimento de uma pessoa, para fins de responsabilização por atos de corrupção de uma outra pessoa, como o “conhecimento efetivo” (*awareness*) ou “crença firme” (*firm belief*) da prática da conduta ou da probabilidade do resultado almejado³⁵⁶.

Assim, ficou claro com a reforma de 1988 que a mera negligência ou falta de diligência não serviria como base para responsabilização de uma pessoa (por exemplo, o controlador) com relação a atos de corrupção de outra pessoa (por exemplo, a subsidiária). É preciso envolvimento maior, como a coparticipação ou omissão intencional de descobrir a verdade.

Ocorre que, como vimos anteriormente, o “dispositivo de contabilidade” exige que o controlador empregue esforços, na medida de sua influência, para manter controles internos e registros contábeis corretos em suas subsidiárias. Como consequência, se os registros contábeis refletem pagamentos de propinas para autoridades governamentais ou outras formas de pagamentos ilícitos, as cortes norte-americanas têm entendido que o controlador teria o conhecimento presumido (*constructive knowledge*) de tais práticas, por meio da contabilidade, o que já seria suficiente para imputar responsabilidade.

Em 3 de julho de 2020, a divisão criminal do DOJ norte-americano e a divisão de *enforcement* da SEC publicaram a segunda edição do *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*³⁵⁷, atualizando a versão anterior lançada em novembro de 2012. Tratando de responsabilidade de acionistas, a nova edição substituiu o termo “acionistas” (“*shareholders*”) por “acionistas agindo em nome da empresa” (“*stockholders acting on behalf of an issuer*”), deixando claro ser necessária uma relação de dominação ou controle para que qualquer responsabilidade possa ser imputada aos acionistas, não havendo responsabilidade de acionistas quando forem investidores passivos sem poderes para agir

terceiros e que eles não tinham conhecimento e não haviam perguntado qual era o conteúdo de tais volumes e pacotes, por isso faltaria o requisito de intenção (*intent*) necessário ao crime de importação ilegal de drogas. Em resposta, as cortes americanas decidiram que os réus teriam a obrigação de indagar e deveriam saber sobre o conteúdo e, se optaram por não indagar, imputar-lhes-ia o conhecimento necessário para o tipo criminal.

³⁵⁶ 15 U.S.C. § § 78dd-1(f)(2)(A), dd-2(h)(A)(I). Confira-se no original em inglês: “(2) (A) A person’s state of mind is ‘knowing’ with respect to conduct, a circumstance, or a result if: (i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or (ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur. (B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist”.

³⁵⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, ENFORCEMENT DIVISION. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 3/7/2020. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

em nome da empresa³⁵⁸.

Na mesma linha, tratando de responsabilidade de sociedades controladoras por atos de suas subsidiárias, a nova edição de 2020 do *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* esclarece que, além de haver uma relação de dominação ou controle, a subsidiária deve também estar agindo “dentro do escopo de autoridade conferido por sua controladora”³⁵⁹.

Assim, em síntese, pode-se dizer que uma entidade seria responsável por violações de sua subsidiária ao amparo do FCPA se:

- (i) *com relação ao dispositivo de contabilidade*: detendo o poder de controle ou influência significativa sobre a subsidiária, a sociedade controladora não exercer tal poder para fazer com que a subsidiária mantenha livros e registros contábeis corretos e não estabelecer controles internos para prevenir atividades ilegais; ou
- (ii) *com relação ao dispositivo anticorrupção*, a sociedade controladora detiver o poder de controle ou influência significativa sobre a subsidiária e tal subsidiária praticar atos de corrupção dentro do escopo de autoridade conferido pela entidade controladora (*acting within the scope of authority conferred by the parent*) e uma das seguintes situações ocorrer:
 - a. a sociedade controladora tiver conhecimento efetivo (*awareness*) ou presumido (*reason to know*) de pagamentos ilícitos e atos de corrupção (dispositivos anticorrupção)³⁶⁰; ou
 - b. a sociedade controladora ignorar intencionalmente indícios e alertas acerca da existência de pagamentos ilícitos e atos de corrupção (desconhecimento intencional, ou “*willful blindness or conscious disregard*”); ou

³⁵⁸ ROPES & GRAY. *Analysis and Takeaways from the DOJ’s and SEC’s Recently Released Second Edition of A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. 10/7/2020. Disponível em: https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2020/07/Analysis-and-Takeaways-from-the-DOJs-and-SECs-Recently-Released-Second-Edition-of-A-Resource-Guide?utm_source=alert&utm_medium=email&utm_campaign=Analysis-and-Takeaways-from-the-DOJs-and-SECs-Recently-Released-Second-Edition-of-A-Resource-Guide. Acesso em: 13 jul. 2020.

³⁵⁹ Na redação original: “acting within the scope of authority conferred by the parent”. Ver ROPES & GREY, op. cit.

³⁶⁰ Vale destacar que, conforme jurisprudência norte-americana, o simples registro de tais pagamentos nos registros contábeis da subsidiária configura o conhecimento presumido do controlador.

- c. a desconsideração da personalidade jurídica for decretada em casos extremos, em que o véu da pessoa jurídica seja levantado (*piercing of the corporate veil*) em situações de confusão patrimonial, subcapitalização, dominação dos negócios, administração comum, intenção de evadir obrigações legais ou contratuais e manifesta situação de injustiça ou abuso de direito, entre outros.³⁶¹

5.1.2 Sucessão de passivos no contexto de fusões e aquisições

Como visto, quando uma empresa adquire³⁶² outra empresa-alvo, ela adquire tal empresa-alvo com todos seus passivos (conhecidos ou ocultos) e responsabilidade pelas violações passadas relacionadas ao FCPA. Embora o FCPA não contenha um dispositivo legal expresso atribuindo sucessão³⁶³, o U.S. DOJ e a SEC firmaram entendimento em diversas ocasiões³⁶⁴ que um adquirente poderá ser responsabilizado por violações ao FCPA de empresas adquiridas ocorridas antes de sua aquisição, de forma que tais autoridades poderiam acionar os compradores com base na conduta das empresas-alvo sob a gestão anterior. O Resource Guide da SEC³⁶⁵ dispõe que “as a general legal matter, when a company [...] acquires another company, the successor company assumes the predecessor company’s liabilities”, de forma que as autoridades tendem a aplicar a sucessão de passivos anticorrupção como regra geral, não exceção. Em 2009, mais de um terço das ações sancionatórias movidas pelo U.S. DOJ e pela SEC com amparo no FCPA teve como fundamento a responsabilidade por sucessão no contexto de operações de fusões e aquisições³⁶⁶.

Dado esse risco de sucessão, os adquirentes e investidores devem investir tempo e recursos significativos em diligência anticorrupção nas empresas-alvo, uma vez que U.S.

³⁶¹ BROWN, H. Lowell. *Parent-subsidiary liability under the Foreign Corrupt Practices Act*. 50 Baylor L. Rev. 1, 1998.

³⁶² Quando falamos em aquisição, referimo-nos não somente às aquisições de participações acionárias e controle societário, mas também de outras operações que tenham finalidade econômica semelhante. Por exemplo, na fusão de duas empresas, os acionistas de cada empresa serão adquirentes dos ativos e negócios da outra empresa, de forma que cada parte deverá realizar esforços de due diligence na outra parte ou negócio.

³⁶³ Como é o caso da Lei Anticorrupção Brasileira (art. 4º).

³⁶⁴ Ver, por exemplo, o Opinion Procedure Release 03-01. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2003/0301.pdf>.

³⁶⁵ “Guia FCPA” preparado conjuntamente pela SEC e pelo DOJ para orientar a conduta das empresas sob sua jurisdição. Ver DOJ & SEC, *A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (Nov. 14, 2012). Disponível em: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

³⁶⁶ WARIN, Joseph et al. Nine lessons of 2009: the year in review of FCPA. *38 Sec. Reg. Law Journal* 19, 2010.

DOJ e a SEC entendem que “a falha do comprador de investigar e descobrir violações ao FCPA das empresas-alvo ocorridas antes do fechamento podem sujeitar o comprador a responsabilidade civil e criminal”³⁶⁷. Conforme LOW e DAVIS, “due diligence has emerged as the most fundamental FCPA safeguard to be taken by covered entities and persons in preparation for all transactions”³⁶⁸. A falha de se conduzir uma diligência adequada aos olhos das autoridades governamentais pode dar ensejo a alegações de cegueira deliberada (*willful blindness*) sobre as violações do FCPA por empresas-alvo. Isso porque uma *due diligence* incompleta ou falha pode satisfazer o requisito de conhecimento (*knowledge*) de um ilícito do FCPA. Conforme PRINCE, “a company need not have actual knowledge of illegal bribes paid by its third-party representatives or merger targets – the mere failure to recognize and investigate the third party’s or merger target’s suspicious activities may suffice”³⁶⁹.

Inicialmente, os principais parâmetros estabelecidos pelo DOJ para uma *due diligence* anticorrupção vieram do Procedure Release 04-02³⁷⁰, tratando da aquisição de negócios e ativos da ABB Ltd. e suas subsidiárias, que firmaram leniência com o DOJ previamente à aquisição. Naquele caso, as investigações e diligências envolveram 115 advogados, com 44.700 horas de trabalho, a análise de mais de 4 milhões de páginas de documentos e auditores forenses em 21 países. Esse Procedure Release 04-02 ficou adstrito às peculiaridades do caso da ABB Ltd. apenas e segundo alguns autores não foi de grande utilidade para o mercado, pois “excedeu em muito o que poderia ser razoavelmente esperado na maioria das operações”³⁷¹, pois a extensão e custo das medidas eram tamanhas que muitos considerariam “absolutamente impraticável na maioria das circunstâncias e portanto de limitada valia como modelo para outras situações de aquisições ou fusões”³⁷².

Parâmetros mais concretos vieram posteriormente, com o Opinion Procedure

³⁶⁷ GRIMM, Daniel J. The Foreign Corrupt Practices Act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences. *NYU Journal of Law & Business*, Vol. 7:247, 2010, p. 254.

³⁶⁸ LOW, Lucinda A.; DAVIS, John. *The FCPA in investment transactions*. Foreign Corrupt Practices Act Rep., § 5:23, at 5-21 (West 2d ed. 2010). Tradução livre: “due diligence emergiu como a cautela mais fundamental a ser implementada por entidades em preparação a todas as operações”.

³⁶⁹ PRINCE, Jason E. A rose by any other name? Foreign Corrupt Practices Act-inspired civil actions. *Advocate*, p. 21, Mar./Apr. 2009.

³⁷⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE Opinion Procedure Release 04-02, (July 12, 2004). Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2004/0402.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

³⁷¹ GRIMM, Daniel J. The Foreign Corrupt Practices Act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences. *NYU Journal of Law & Business*, vol. 7:247, p. 254, 2010.

³⁷² LOW, Lucinda A.; DAVIS, John. *The FCPA in investment transactions*. Foreign Corrupt Practices Act Rep., § 5:23, at 5-21 (West 2d ed. 2010). Tradução livre: “due diligence emergiu como a cautela mais fundamental a ser implementada por entidades em preparação a todas as operações”.

Release 08-01³⁷³ no contexto de uma *joint venture* de uma empresa de Delaware com uma entidade estrangeira controlada por governo estrangeiro. Como parte da *due diligence* implementada naquele caso, e aceita pelo DOJ, o adquirente procedeu conforme segue:

- i. encomendou uma investigação de reputação (*background check*) sobre o vendedor e a empresa-alvo junto a uma firma especializada em investigações;
- ii. contratou firmas de advocacia no país estrangeiro para recomendar procedimentos de diligência adequados;
- iii. realizou buscas em bases de dados públicas acerca das várias partes envolvidas;
- iv. consultou a embaixada americana no país de origem da empresa-alvo, para confirmar a ausência de apontamentos negativos do vendedor e da empresa-alvo;
- v. contratou advogados locais para realizar diligência e emitir relatórios;
- vi. contratou auditores forenses para fazer testes de transação e emitir relatórios;
- vii. contratou outra firma de advocacia para rever todo o procedimento de diligência e relatórios.

Além disso, como ficou claro no Opinion Procedure Release 08-01, o DOJ entende ser necessário, para reduzir os riscos de sucessão, que o adquirente exija declarações e garantias (*reps & warranties*) no contrato de aquisição confirmando a ausência de atos de corrupção, além de incluir dispositivo de rescisão contratual permitindo ao adquirente abortar a aquisição caso encontrasse indícios de atos de corrupção até o fechamento.

Em muitos casos, além da *due diligence* anticorrupção, em se verificando irregularidades, os compradores têm exigido que os vendedores notifiquem as autoridades competentes e solucionem essas irregularidades (por leniências ou termos de compromisso) como condições precedentes ao fechamento da operação.

Para o bem ou para o mal, o risco de sucessão por passivos de corrupção fez com que as operações de fusões e aquisições ficassem mais complexas, mais demoradas e mais caras, especialmente quando envolvem empresas ou ativos localizados em jurisdições ou

³⁷³ DEPARTMENT OF JUSTICE Opinion Procedure Release 08-01 (Jan. 15, 2008). Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0801.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

indústrias com maior percepção de corrupção. Em particular, autores norte-americanos reclamam que não há parâmetros claros sobre o escopo e profundidade dos trabalhos de *due diligence* esperados pelas autoridades, nem tampouco proteções legais (*safe harbors*) que possam garantir aos compradores de boa-fé que não serão responsabilizados por sucessão³⁷⁴. Como consequência, quando as incertezas de uma aquisição são tão grandes que não podem ser precificadas, os compradores tenderão a abandoná-la, criando perdas econômicas por inviabilizar operações que tenderiam a maximizar a geração de riqueza. Conforme GRIMM, as incertezas sobre risco de sucessão em matéria de FCPA destroem valor econômico e a legislação deveria prover proteções legais (*safe harbors*) para evitar esse efeito danoso:

The uncertainty surrounding FCOA successor liability risks can impose significant costs on the M&A market. Business opportunities may be impaired by raising transaction costs and the inevitable delays and complications caused by efforts to reduce the risk of acquiring an FCPA enforcement action. Fearing these costs and impediments, some companies may simply walk away from a transaction rather than incur the risk that expensive mitigation efforts remain insufficient to protect them from inheriting FCPA liability. *This is detrimental not only to economic strength and efficiency, but also to FCPA compliance. [...] A safe harbor from FCPA successor liability for business entities that can show they have met the newfound guidelines would provide an effective antidote to the current malaise.* (grifos nossos)

De acordo com FELLMETH:

os incentivos para transferência de ativos serão necessariamente reduzidos pela incerteza, que tem uma perda de efeito “peso-morto” para a sociedade. Transferência de ativos promovem alocação eficiente de capital. Ao criar o potencial de perdas imprevisíveis, haverá um risco relevante que pequenas aquisições, ou mesmo grandes aquisições com ganhos moderados de eficiência, venham a ser desencorajadas pelo risco de violações não conhecidas... Esses impedimentos reduzem a riqueza da sociedade como um todo, ao impedir que o capital se mova de uma aplicação menos produtiva para uma mais produtiva.³⁷⁵

Desde 2007, vários casos de responsabilidade por sucessão no contexto de FCPA vieram à tona, os quais analisaremos a seguir:

Precedentes Tratando de Violações Descobertas Durante a Aquisição

Em setembro de 2003, as administrações da Lockheed Martin Corporation e da Titan Corporation aprovaram uma fusão das empresas, sujeita à realização de *due diligence*

³⁷⁴ GRIMM, Daniel J. The Foreign Corrupt Practices Act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences. *NYU Journal of Law & Business*, vol. 7:247, p. 296, 2010.

³⁷⁵ FELLMETH, Aaron Xavier. *Cure without a disease: the emerging doctrine of successor liability in international trade regulation*. 31 *Yale J. Int'l. L.* 127, 139 (2006).

legal, incluindo cumprimento de leis anticorrupção. Lockheed logo descobriu que Titan e suas subsidiárias utilizavam agentes terceirizados para pagar propina em diversos países, com o objetivo de garantir participação em projetos de telecomunicações. Lockheed exigiu que Titan divulgasse essas violações ao DOJ e à SEC e somente completaria a aquisição após celebrar leniência (*plea bargaining agreement*) extinguindo todas as irregularidades. Não obstante, em função das prolongadas discussões com as autoridades, a Lockheed ao final decidiu rescindir seu contrato de investimento e abortar a aquisição. Nas palavras do Diretor Jurídico da Lockheed, “Lockheed had no desire to acquire an FCPA violation, which made the resolution of FCPA issues a pre-condition to closing”³⁷⁶. Esse caso ficou famoso pelo seu resultado nefasto ao vendedor: ao final do processo, Titan não tinha mais compradores interessados, foi forçada a interromper suas propinas e reduzir sua presença internacional, teve uma queda vertiginosa na cotação de suas ações e arcou com pesadas multas das autoridades norte-americanas.

Em 2002, Cardinal Health Inc. celebrou contrato de aquisição da Syncor International Corporation. No curso da *due diligence* entre assinatura e fechamento, Cardinal descobriu que certas subsidiárias da Syncor tinham realizado pagamento de propinas para médicos de hospitais públicos em Taiwan, Mexico, Bélgica, Luxemburgo e França. Cardinal notificou Syncor sobre suas descobertas de diligência e, na sequência, Syncor reportou essas irregularidades ao DOJ e à SEC e iniciou discussões para a celebração de acordos de leniência. No contexto dos seus acordos de leniência, Syncor pagou US\$ 2 milhões em multas civis e em contrapartida as autoridades americanas se comprometeram a não mover ações contra a adquirente Cardinal. Nesse caso, ficou evidente o alto custo de uma investigação criminal no contexto de uma operação de fusão ou aquisição: além dos custos de investigação e negociação da leniência e das multas pagas às autoridades americanas, o preço das ações da Syncor despencou durante a negociação, fazendo com que a Cardinal viesse a pagar cerca de US\$ 90 milhões a menos do que estava inicialmente disposta a pagar³⁷⁷.

Em 2004, General Electric Company iniciou tratativas para adquirir a InVision Technologies Inc. por US\$ 900 milhões. Após o início das diligências, General Electric

³⁷⁶ WEISSMAN, Howard. Assistant Gen. Counsel, Lockheed Martin Corp., em painel *Roundtable: The Foreign Corrupt Practices Act – its many lives*. Metro. Corp. Couns. (July 1, 2005), at 51.

³⁷⁷ GRIMM, Daniel J. The Foreign Corrupt Practices Act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences. *NYU Journal of Law & Business*, vol. 7:247, p. 309, 2010.

identificou pagamentos ilícitos para autoridades da China, Filipinas e Tailândia por meio de representantes de venda e distribuidores nesses países. Após divulgar essas irregularidades para as autoridades americanas, InVision celebrou acordos de leniência com o pagamento de multa de US\$ 1,3 milhão, além de experimentar queda no preço de suas ações, enfrentar *class actions* de investidores e ser obrigada a contratar monitor independente. A adquirente General Electric, por seu turno, comprometeu-se a integrar os sistemas de *compliance* da InVision nos seus sistemas de *compliance* globais, que eram significativamente mais robustos.

Em 2007, a Monsanto Company adquiriu Delta & Pine Land Company. Durante a *due diligence* de aquisição, Monsanto descobriu que as subsidiárias da Delta & Pine na Turquia pagavam propinas para inspetores do Ministério da Agricultura da Turquia para avaliar e registrar as sementes de algodão lá produzidas. Tais resultados foram reportados para as autoridades norte-americanas e resultaram em leniência que asseguram ao adquirente Monsanto que não haveria sucessão de responsabilidades.

Precedentes Tratando de Violações Descobertas Após a Aquisição

Quando as irregularidades são descobertas antes da aquisição, a situação é mais controlável, na medida em que é possível divulga-las às autoridades e negociar leniência, de forma que o adquirente não venha a ser responsabilizado, ou em último caso abortar a aquisição. Mas o que ocorre quando o adquirente descobre atos de corrupção apenas após a conclusão da aquisição?

Entre 2000 e 2003, York International esteve envolvida no pagamento de propinas a autoridades governamentais do Iraque, Emirados Árabes, Egito e Índia, sob a forma de contratos de consultoria fictícios, que não tinham serviços efetivamente prestados. Alguns anos depois, em dezembro de 2005, Johnson Controls, Inc. adquiriu a York International. Somente após a aquisição é que a Johnson Controls, Inc. veio a descobrir as irregularidades praticadas pela gestão anterior da empresa. Na sequência, já sob a gestão da Johnson Controls, Inc., York International reportou as irregularidades para o DOJ e para a SEC e celebrou *deferred prosecution agreement* com o pagamento de mais de US\$ 20 milhões em multas e indenizações, melhorias nos sistemas de *compliance* e adoção de um monitor independente por três anos. A Johnson Controls, Inc. não foi penalizada no *deferred prosecution agreement*, tendo em vista que os pagamentos ilícitos haviam sido realizados na

gestão anterior, sem qualquer envolvimento da Johnson Controls, Inc. e foram imediatamente descontinuados após descobertos.

Em 2001, El Paso Corporation incorporou a The Coastal Corporation. Entre agosto de 2000 e março de 2003, The Coastal Corporation havia feito pagamentos ilícitos às autoridades iraquianas para a concessão de contratos de exploração de petróleo. Em 2007 a SEC instaurou investigação contra El Paso Corporation para apurar violações do FCPA em períodos anteriores e posteriores à incorporação da The Coastal Corporation, sob o argumento de que a El Paso Corporation havia sido negligente (*reckless*) em não identificar os pagamentos ilícitos em tempo hábil e não os interromper prontamente. Ao final El Paso Corporation celebrou um *non-prosecution agreement* de aproximadamente US\$ 7 milhões.

Sucessão na aquisição de ativos

Para evitar a sucessão da responsabilidade por violações do FCPA, muitos adquirentes nos Estados Unidos estruturam seus investimentos como aquisição seletiva de ativos (e não a empresa como um todo). Nos casos de alienação de ativos, o comprador e o vendedor mantêm-se como pessoas jurídicas separadas, com patrimônios independentes, e geralmente não haveria comunicação de responsabilidades. Conforme LINDSEY³⁷⁸, adquirentes tenderão a estruturar suas aquisições como compra de ativos, no lugar de compra de ações ou da empresa como um todo, como forma de evitar responsabilidade por sucessão; no entanto, tal estrutura não será sempre bem sucedida.

Pelas leis da maioria dos Estados norte-americanos, observadas algumas exceções, as cortes não considerarão o adquirente de ativos como sucessor legal de passivos do vendedor, incluindo passivos de multas de corrupção, ainda que se trate de uma aquisição de parte substancial dos ativos do vendedor³⁷⁹. Essa regra geral de ausência de sucessão tem fundamento de eficiência econômica, na medida que a sucessão aumentaria a incerteza dos adquirentes e reduziria a livre circulação dos ativos no mercado, destruindo valor econômico para a sociedade. Autores americanos defendem que, do ponto de vista de política pública, via de regra os compradores não deveriam ser responsabilizados como sucessores na compra de ativos no contexto do FCPA já que as autoridades governamentais

³⁷⁸ LINDSEY, Carolyn. More than you bargained for: successor liability under the FCPA. *Northwestern University Law Review* N. 35, p. 959-966, 2009.

³⁷⁹ “A firm that buys assets from another firm does not assume the liabilities of the seller merely by buying its assets”, em *Berg Chilling Sys. Inc. v. Hull Corp.*, 435, F.3d 455, 464 (3rd Cir.), 2006

sempre poderão buscar punições contra os indivíduos envolvidos nas irregularidades e nos vendedores dos ativos, não sendo necessário recorrer ao patrimônio dos compradores³⁸⁰. Ainda assim, mesmo nos casos excepcionais de sucessão na compra de ativos, algumas cortes reconhecem que o objetivo básico da sucessão seria de viabilizar o pagamento de vítimas, credores e terceiros de boa-fé (propósito compensatório), que não estaria presente no propósito punitivo do FCPA³⁸¹.

No entanto, conforme precedentes jurisprudenciais³⁸² e doutrina³⁸³ norte-americanos, poderá haver a sucessão de responsabilidades aos adquirentes de ativos em determinados casos *excepcionais*: (i) se o adquirente assumiu a responsabilidade expressamente por contrato, ou de forma implícita no contexto da negociação; (ii) se a aquisição de ativos for estruturada de modo fraudulento, para evadir responsabilidade perante credores e autoridades; (iii) se a empresa adquirente se configura mera continuidade dos negócios do vendedor, ou se a aquisição representa, na prática, uma fusão ou combinação de negócios (levando-se em consideração, por exemplo, se adquirente manteve as mesmas instalações físicas, equipe ou administração, se o vendedor continuou operando ou encerrou suas atividades após a venda, se o vendedor pagou seus credores, se o comprador se apresentou ao mercado como continuidade do vendedor).

A exceção da “mera continuidade” restou configurada no caso Sigma-Aldrich³⁸⁴, em que a corte administrativa aplicou a sucessão de responsabilidade uma vez que “o sucessor apresenta-se ao mercado como continuidade da empresa anterior, manteve seus empregados e colaboradores, fabrica os mesmos produtos nas mesmas instalações industriais e mantém uma continuidade dos ativos e operações”, sendo que a estruturação da aquisição como compra de ativos, naquele caso, tinha o único propósito de evitar a sucessão.

O Precedente Haliburton

³⁸⁰ PHILLIPS, Taylor. *The federal common law of successor liability and the Foreign Corrupt Practices Act*. University of Virginia Working Paper, 2015, p. 50.

³⁸¹ PHILLIPS, Taylor, op. cit., comentando decisão em *Foster*, 597 N.W.2d at 511.

³⁸² *Kelly v. Kercher Mch. Works, Inc.*, 910 F. Supp. 30, 34 (D.N.H. 1995); *Excel Energy, Inc. v. Cannelton Sales Co.*, 337 Fed. App'x 480, 484 (6th Cir. 2009); *Patin v. Thoroughbred Power Boats*, 294 F.3d 640, 649 (5th Cir. 2002); *Eagle Pac. Ins. Co. v. Christensen Motor Yacht Corp.*, 934 p. 2d 715, 720.

³⁸³ PHILLIPS, Taylor, op. cit.; KUNEY, George. A taxonomy and evaluation of successor liability. *Florida State Business Law Review* 9, p. 57, 2007; LINDSEY, Carolyn, op. cit., p. 959-966.

³⁸⁴ *Sigma-Aldrich Bus. Holdings, Inc.*, 01-BXA-06 (U.S. Dep't of Commerce Bureau of Indus. & Sec. 2002).

Em um *no-action letter* de 2014³⁸⁵, o DOJ discutiu a amplitude da responsabilidade do sucessor em aquisições estrangeiras nas quais a entidade adquirida não estava sujeita ao FCPA e declarou que não iria processar e punir (*no-action*) o adquirente e a entidade adquirida por atos de corrupção passados, desde que não houvesse pagamentos feitos no território dos Estados Unidos e não houvesse contratos obtidos ilicitamente que permanecessem em vigor após a aquisição. No entanto, essa declaração foi limitada àquele caso concreto e deixou em aberto a possibilidade de punição em casos de suborno que fossem descobertos após a aquisição.

O caso Halliburton retrata um caso bastante famoso em que o DOJ entendeu não haver responsabilidade do adquirente em caso de aquisição de empresas. Em 2008, a Halliburton apresentou um pedido (*opinion procedure request*) ao DOJ dos Estados Unidos solicitando um parecer sobre a aquisição de uma empresa-alvo no Reino Unido atuante na indústria de óleo & gás. Devido a restrições legais, a Halliburton não tinha tempo ou acesso às informações necessárias para realizar uma *due diligence* minuciosa nos termos do FCPA. A Halliburton se comprometeu a implementar os seguintes controles pós-fechamento:

- (i) reunir-se com o DOJ para divulgar qualquer informação que representasse uma violação do FCPA;
- (ii) no prazo de dez dias, fornecer um plano de trabalho abrangente da *due diligence* com base no risco que incluía a avaliação de agentes e terceiros, relações comerciais com entidades estatais, questões de imigração e aduaneiras, além de licenças e alvarás governamentais;
- (iii) apresentar relatórios periódicos detalhando os resultados da *due diligence* de alto risco, risco médio e baixo risco;
- (iv) contratar um advogado e consultores externos para conduzir a *due diligence*;
- (v) exigir que terceiros e agentes assinassem novos contratos com proibições expressas de atos de corrupção;
- (vi) implementar imediatamente um código de conduta e políticas anticorrupção na empresa adquirida e fornecer treinamentos dentro de 90 dias;
- (vii) divulgar às autoridades toda corrupção, controles internos e problemas

³⁸⁵ U.S. Department of Justice, Opinion Procedure Release N. 14-02, de 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2014/11/14/14-02.pdf>. Acesso em: 11 out. 2008.

contábeis que descobrisse.

Em resposta, o DOJ indicou, em *no-action letter*³⁸⁶, que não tomaria qualquer medida punitiva contra a Halliburton nessas condições, caso uma violação ao FCPA fosse descoberta após o fechamento³⁸⁷.

Em resumo, os *no-action letters* do DOJ no caso da Halliburton e em outros precedentes³⁸⁸ servem como diretrizes acerca das providências esperadas dos adquirentes de empresa para mitigar o risco de sucessão, em especial pela implementação de controles pós-fechamento. Os principais fatores levados em consideração quando o DOJ ou a SEC atribuem sucessão de responsabilidade aos adquirentes são: (i) falha em conduzir uma diligência prévia; (ii) falha em reportar atos de corrupção às autoridades; (iii) falha em implementar sistemas de *compliance* e controles internos imediatamente após a aquisição.

No entanto, existe outro caso emblemático, em que a SEC determinou que houvesse a sucessão da responsabilidade por violações do FCPA na aquisição da fabricante de produtos alimentícios Cadbury pela Mondelez International³⁸⁹. Nesse caso, Mondelez International fez uma aquisição hostil da Cadbury, conduzida em bolsa, sem diligência prévia. Posteriormente, verificou-se que a Cadbury não tinha controles internos adequados e havia violado o dispositivo de “*books and records*” nos registros dos pagamentos a um agente externo para obter licenças para fábrica na Índia (cerca de US\$ 90.000). A SEC reconheceu que a natureza do negócio (aquisição em bolsa) inviabilizara uma diligência pré-aquisição, porém entendeu que a Mondelez havia falhado em implementar diligência pós-aquisição e havia deixado a irregularidade se perpetuar sem nenhum tipo de remediação. Quando a Mondelez descobriu a irregularidade, não reportou prontamente para as autoridades. Por esses motivos, a SEC atribuiu responsabilidade solidária à Mondelez

³⁸⁶ U.S. DOJ, FCPA Op. Proc. Rel. N. 08-02 (June 13, 2008). Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2008/0802.pdf>.

³⁸⁷ Apesar de indicar a intenção de não tomar medidas nessas condições, o DOJ reservou o direito de mover um processo, caso tais condições não fossem cumpridas.

³⁸⁸ O *no-action letter* da Halliburton parecia cristalizar um padrão de conduta esperado pelo DOJ, mas os pareceres subsequentes indicaram que essa decisão não definiu um padrão concreto. Em outro *no action letter*, o DOJ exigiu que o adquirente implementasse nas empresas adquiridas políticas e procedimentos de conformidade imediatamente após a aquisição, e não em 90 dias, conforme proposto pela Halliburton. Ver U.S. DOJ, FCPA Op. Proc. Rel. N. 14-02 (Nov. 7, 2014). Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion/2014/14-02.pdf>.

³⁸⁹ In the Matter of Cadbury Limited and Mondeley International, Inc, SEC Release N. 79753, 6/1/2007. Disponível em: <https://www.sec.gov/litigation/admin/2017/34-79753.pdf>. Acesso em: 11 out. 2018.

por sucessão no contexto de aquisição da Cadbury.

5.1.3 Mitigação de riscos no contexto de fusões e aquisições

No contexto de fusões e aquisições, os riscos associados à Lei Anticorrupção Brasileira e ao FCPA têm duas principais fontes: (i) a aquisição de uma empresa que tenha violado a Lei Anticorrupção Brasileira ou o FCPA, violação essa que ainda não tenha sido descoberta ou revelada e que venha a acarretar na responsabilidade do adquirente, ou (2) uma violação da Lei Anticorrupção Brasileira ou do FCPA posterior à aquisição que crie uma responsabilidade para a entidade controladora.

Mitigação da responsabilidade do adquirente

No contexto de fusões e aquisições, uma empresa que pretende adquirir outra deve estar ciente do risco de responsabilidade, caso a empresa-alvo tenha violado a Lei Anticorrupção Brasileira ou o FCPA antes do fechamento da fusão ou aquisição.

Do ponto de vista do vendedor, vale a pena investir em políticas e sistemas robustos de *compliance* antes da venda, pois isso virá a agregar valor econômico e retorno, pois, quanto menor o risco de corrupção percebido por um eventual comprador, maior o preço que ele estará disposto a pagar.

Do ponto de vista do comprador, devido ao risco elevado de investigações e punições, adquirentes de empresas tendem a investir tempo e recursos significativos em diligências anticorrupção, conforme GRIMM³⁹⁰. Recomenda-se, portanto, que os adquirentes conduzam uma investigação (*due diligence*) pré-aquisição com o objetivo de identificar potenciais sinais de alerta (*red flags*) ou violações que possam acarretar uma responsabilidade nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira ou do FCPA. O Guia FCPA recomenda a realização da *due diligence* baseada no nível de risco que inclua:

- (i) uma avaliação jurídica, contábil e de conformidade das informações comerciais e financeiras, contratos com clientes, bem como nos contratos com terceiros e de distribuidores;
- (ii) uma auditoria em operações selecionadas;

³⁹⁰ GRIMM, Daniel J., op. cit., p. 253.

- (iii) entrevistas com executivos e funcionários-chave para entender os riscos específicos da empresa, investigações prévias internas ou condutas suspeitas ou denunciadas.³⁹¹

Além de realizar a *due diligence* nos registros internos da empresa-alvo, os adquirentes devem avaliar bases de dados públicas, registros governamentais e a cobertura da mídia local a fim de reunir informações sobre quaisquer investigações ou alegações em curso relacionadas com a empresa-alvo e suas filiais ou parceiros. No entanto, as leis de proteção de dados e de difamação do Brasil dificultam as investigações, comunicações da mídia ou especulação sobre a corrupção e, portanto, limitam a transparência do histórico legal e reputacional da empresa³⁹². As empresas que tiverem dificuldade em obter informações suficientes, devido a idioma, barreiras culturais ou qualquer outro motivo, também devem considerar a contratação de assistência local para realizar a *due diligence*.

Se uma adquirente identificar sinais de alerta (*red flags*) significativos ou estiver desconfortável com a quantidade de informações disponíveis, ela pode optar por abandonar a operação. Todavia, as autoridades norte-americanas responsáveis pela aplicação do FCPA reconheceram que, às vezes, o acesso a informações no pré-fechamento pode ser limitado e indicaram que a adoção de medidas de *compliance* após o fechamento e a divulgação voluntária de potenciais violações podem ser eficazes para minimizar ou eliminar a responsabilidade do sucessor.

Portanto, algumas recomendações práticas anteriores às aquisições de empresas são:

- (i) realizar *due diligence* específica de anticorrupção anterior à assinatura dos contratos de compra – e continuar a *due diligence* até o fechamento da aquisição;
- (ii) entender a cadeia de propriedade acionária da empresa-alvo até o beneficiário final, usando por exemplo as bases de dados das Juntas Comerciais, da Receita Federal e outros serviços de inteligência estruturados

³⁹¹ Guia FCPA, p. 29.

³⁹² Disponível em: <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/11/intermediary-liability-implications-proposed-brazilian-libel-law-reform>. Por exemplo, em 2014, o Ministério do Trabalho ordenou a suspensão da publicação de uma “lista suja”, que identificava publicamente empresas que tinham sido multadas pelo uso de trabalho análogo ao de escravo. Consulte: <https://www.theguardian.com/global-development/2016/mar/02/brazil-loss-dirty-list-sparks-fears-worker-exploitation-olympic-games-international-labour-organisation>.

- com o cruzamento de dados públicos;
- (iii) avaliar as diversas localidades de negócio em que a empresa-alvo atua, pois normalmente o risco de atividades ilícitas existe de forma mais acentuada nas filiais e unidades mais remotas da empresa;
 - (iv) conduzir investigações por terceiros independentes;
 - (v) conduzir testes de transação, selecionando amostras que sejam representativas do universo de atuação da empresa; esses testes de transação devem cobrir pagamentos a consultores, doações e contribuições a partidos políticos³⁹³, pagamentos para emissão de licenças e autorizações, pagamentos de desembaraço aduaneiro, entre outras áreas sensíveis;
 - (vi) analisar o histórico de operações e pagamentos a pessoas politicamente expostas (PEPs³⁹⁴) e seus familiares (em especial o processo de contratação de familiares de PEPs como funcionários ou parceiros comerciais);
 - (vii) verificar as listas de sanções e condenações, entre elas o CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas) e o CNEP (Cadastro Nacional das Empresas Punidas) do Portal da Transparência da CGU, nos termos da Lei Anticorrupção Brasileira, bem como o CNIA (Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa) do Conselho Nacional da Justiça;
 - (viii) negociar condições de fechamento que permitam oportunidades suficientes para localizar e mitigar problemas de corrupção;
 - (ix) negociar declarações e garantias relativas à Lei Anticorrupção Brasileira, ao FCPA e às leis anticorrupção, a respeito da empresa-alvo e dos vendedores;
 - (x) negociar acordos para implementar e manter, após a aquisição, políticas de *compliance* e procedimentos anticorrupção.

Após a diligência prévia, o adquirente ainda poderá equilibrar os riscos identificados, o que poderá acontecer por meio de ajuste do preço negociado, ou ainda por meio de proteções contratuais que lhe garantam remédios jurídicos em caso de futura responsabilização por atos de corrupção. Para criar uma garantia obrigacional em favor do

³⁹³ Vale lembrar que, a partir de 2015, pessoas jurídicas estão proibidas de fazer doações a partidos políticos.

³⁹⁴ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) é a entidade responsável por definir as pessoas que se enquadram no conceito de PEP. Geralmente, PEPs são as pessoas que ocupam, ou ocuparam nos últimos 5 anos, funções ou cargos públicos. A CGU mantém uma lista de PEPs que pode ser consultada no seu website.

adquirente, é recomendado que o contrato de investimento³⁹⁵ possua cláusula de “declarações e garantias” (*representations & warranties*, na terminologia saxônica), cumulada com cláusula de indenização por sua violação. Geralmente, a cláusula de declarações e garantias contém uma descrição fática, pelas partes negociantes, acerca dos aspectos relevantes de uma empresa ou negócio, com especial enfoque nos aspectos que podem representar violação das leis, diminuição patrimonial ou necessidade de desembolso de caixa. Dessa forma, se tais declarações fáticas se mostrarem inverídicas, a outra parte poderá pleitear indenização pelos danos decorrentes de tal desconformidade fática, independentemente de culpa de parte a parte. Na temática de *compliance* e atos de corrupção, se o vendedor não revelar as informações sobre alguma prática ou conduta que tenha violado a política de *compliance* da empresa ou as leis aplicáveis, poderá ser contratualmente obrigado a indenizar o vendedor.

Mitigação do risco pós-aquisição

Após uma aquisição, um adquirente pode estar sujeito à responsabilidade por atos de corrupção praticados por sua nova subsidiária, incluindo violações à Lei Anticorrupção Brasileira e ao FCPA. A aquisição de apenas uma participação minoritária em uma empresa-alvo ainda pode originar a responsabilidade se houver indícios suficientes de controle sobre a empresa-alvo³⁹⁶. Para minimizar o risco de responsabilidade pós-fechamento, particularmente quando a *due diligence* pré-fechamento for limitada ou impossível, o Guia FCPA recomenda (i) conduzir *due diligence* posterior ao fechamento; (ii) reportar controles de conformidade; (iii) divulgar voluntariamente às autoridades todas as violações que forem descobertas³⁹⁷.

³⁹⁵ O instrumento jurídico de investimento pode assumir vários formatos, como contrato de subscrição, contrato de compra e venda de participações societárias ou ativos, contrato de associação, entre outros.

³⁹⁶ No contexto de *private equity*, a potencial responsabilidade ainda é uma questão em aberto. As autoridades norte-americanas responsáveis pela aplicação do FCPA ainda não moveram nenhuma ação contra uma empresa de *private equity* pela direção de uma empresa investida. No entanto, isso não significa que elas nunca o farão. No entanto, já existem precedentes norte-americanos responsabilizando o gestor de um *hedge fund* por violações ao FCPA. No acordo entre Och-Ziff Capital Management Group e a SEC, o gestor de fundos de investimento Och-Ziff Capital Management Group concordou em pagar à SEC e ao DOJ cerca de US\$ 412 milhões para encerrar uma acusação de violações do FCPA, que alegava que Och-Ziff teria utilizado intermediários para subornar os gestores do fundo soberano da Líbia (funcionários públicos da Líbia) para investir US\$ 300 milhões nos *hedge funds* administrados pela Och-Ziff. Segundo a SEC, os executivos da Och-Ziff foram negligentes em detectar e prevenir transações anormais em países de alto risco e os controles internos da empresa não eram suficientemente adequados para detectar e prevenir o pagamento de propinas. Ver *press release* SEC 2016-203. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2016-203.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

³⁹⁷ Guia FCPA, p. 30.

Muitas vezes, a identificação de uma conduta ilícita somente é possível após fechamento, e é improvável que as autoridades norte-americanas responsáveis pela aplicação do FCPA demonstrem tolerância em relação um investidor ou adquirente que intencionalmente evite a investigação e descoberta das violações ao FCPA. Portanto os adquirentes devem conduzir prontamente uma *due diligence* adicional, após o fechamento, usando todas as informações recém-acessadas na empresa-alvo.

Muitas empresas brasileiras não têm políticas antissuborno ou cláusulas anticorrupção em seus contratos com terceiros, bem como não realizam *due diligence* em fornecedores, clientes e terceiros. Investidores que desejam adquirir empresas brasileiras devem, portanto, implementar suas próprias políticas de conformidade, controles e treinamentos imediatamente após a aquisição a fim de minimizar o risco de violações anteriores continuarem após a aquisição. Recursos adicionais também podem ser necessários a fim de reforçar o pessoal de conformidade da nova subsidiária, incluindo um gerente de *compliance* com autonomia de atuação.

Além disso, como os programas de conformidade anticorrupção não são predominantes no Brasil, os entes controladores estrangeiros devem antecipar a necessidade de desenvolver uma cultura centrada na conformidade. A instituição de um programa de conformidade sólido e uma cultura de conformidade devem começar de cima para baixo e podem enfatizar a necessidade de conformidade, tanto legal quanto ética. As mensagens consistentes e repetidas da alta administração transmitidas pela liderança nova e pela anterior também podem adicionar peso à importância do departamento de conformidade e deverão ser comunicadas por toda a empresa.

Se potenciais violações forem descobertas, os adquirentes devem considerar se a delação voluntária da conduta seria no seu melhor interesse. Em casos anteriores, as entidades norte-americanas responsáveis pela aplicação do FCPA decidiram aplicar penalidades apenas contra a sociedade adquirida (e não contra o adquirente controlador) quando as violações foram descobertas na *due diligence* pós-aquisição e prontamente divulgadas³⁹⁸.

Portanto algumas recomendações práticas posteriores às aquisições de empresas

³⁹⁸ Criminal Information, United States v. Latin Node, Inc., N. 09-cr-20239 (S.D. Fla. Mar. 23, 2009), ECF N. 1. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/cases/litton-applied/03-23-09latinnode-info.pdf>.

são:

- (i) realizar avaliações de risco periódicas das subsidiárias ou empresas investidas a fim de determinar os riscos de corrupção;
- (ii) implementar políticas e procedimentos de conformidade e anticorrupção adaptados aos riscos de corrupção específicos apresentados pelo país, setor e operações da empresa;
- (iii) reconhecer que participações minoritárias apresentam desafios em caso de problemas de corrupção e, assim, negociar os direitos e obrigações das várias partes interessadas e planejar com antecedência uma estratégia de saída diante uma situação de emergência.

5.2 O GRUPO ECONÔMICO E A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Os comentários no Capítulo 5.1 acima foram tecidos no contexto da aplicação do FCPA nos Estados Unidos da América. Resta-nos agora avaliar a aplicação dos dispositivos da Lei Anticorrupção Brasileira atinentes aos grupos econômicos no contexto do sistema normativo brasileiro.

Na atual era de globalização econômica e concorrência internacional, testemunhamos a emergência de uma nova concepção de empresa, representada por grandes conglomerados, em superação àquele modelo clássico de sociedade isolada, conforme alerta COMPARATO³⁹⁹.

Já há algum tempo, o grupo de sociedades assumiu papel de protagonismo na economia mundial: em lugar da sociedade comercial individual e independente, modelo que predominou até o início do século XX, emergiu a figura da empresa plurissocietária. MUNHOZ consigna não haver mais dúvidas de que, “tomando o lugar da sociedade isolada, os grupos societários transformaram-se na principal técnica de organização da empresa”⁴⁰⁰. Ou, na interessante analogia de ENGRÁCIA ANTUNES, “o átomo cedeu

³⁹⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: RT, 1970, p. 7. Ver também COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle da sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 499 e ss.

⁴⁰⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e o direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 93.

progressivamente o seu lugar à molécula”⁴⁰¹.

Com o surgimento de uma nova ordem econômica baseada na produção industrial, não mais servia o modelo de empresa individual, seja porque a complexidade da atividade industrial demandava a criação de estruturas organizativas e funcionais dentro da empresa, seja porque era preciso mobilizar massivo capital de terceiros, o que somente se faria possível mediante a limitação da responsabilidade dos sócios, ou ainda porque sinergias ou integração de cadeias tornarem-se diferenciais competitivos.

E, no âmbito dessa nova ordem econômica, como consigna MUNHOZ, “somente as grandes empresas, com estruturas organizacionais maleáveis, são capazes de enfrentar os desafios impostos pela economia globalizada”⁴⁰². E nesse contexto, surgiram satélites, gravitando em torno do núcleo inicial, organizando-se, então, sob a forma de grupos de sociedades.

Conforme GALGANO:

O grupo de sociedades é a forma de organização característica da grande ou da média empresa do nosso tempo. Quando a empresa atinge consistente dimensão comercial, estendendo sua ação a vastos mercados, ela assume, invariavelmente, a configuração de uma pluralidade de sociedades, operando sob a direção unificadora de uma sociedade líder de grupo ou holding.⁴⁰³

Conforme o supracitado autor, uma das vantagens da atuação sob a forma de grupo de sociedades é o aproveitamento da segregação de patrimônios e riscos, de sorte a impedir que as adversidades vivenciadas por um setor se comuniquem ao patrimônio destinado aos outros setores, ou ao patrimônio da *holding*.

Em todos os países se verificou, portanto, a proliferação dos grupos de sociedades, como são exemplos os *zaibatsu* japoneses, os *konzern* alemães e os conglomerados norte-americanos, não escapando o Brasil a esse fenômeno.

É possível identificar vantagens de ordem jurídica, econômica e financeira, a justificar a escolha pelo modelo grupado; entre as razões jurídicas identificam-se a dispersão (alocação) de risco entre as sociedades grupadas e as vantagens tributárias em

⁴⁰¹ ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 14.

⁴⁰² MUNHOZ, Eduardo Secchi, op. cit., p. 87.

⁴⁰³ GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. Pádua: CEDAM, 2003, p. 164.

vista da possibilidade da constituição de sociedades controladoras em locais com tributação reduzida, gerando ao grupo uma economia tributária que não existiria se isoladas fossem. Com relação às vantagens econômicas, observa-se que a integração entre variados agentes econômicos, que, apesar de se manterem juridicamente autônomos, passam a conviver com uma direção econômica unitária, permite-lhes auferir uma série de benefícios em decorrência dessa atuação em conjunto, como, por exemplo: garantia de fornecimento de matéria-prima a um preço competitivo, maximização da atividade produtiva, busca de financiamentos bancários e mais eficiente alocação de recursos excedentes em unidades do grupo, sem gerar o gigantismo de uma única unidade.

Ainda sob o ponto de vista econômico, a concentração empresarial em grupos permite, portanto, a integração de cadeias produtivas na forma horizontal (agentes econômicos que atuam no mesmo ramo, ou seja, concorrentes diretos que atuam no mesmo nível da cadeia produtiva), na forma vertical (agentes econômicos que atuam em níveis diversos da cadeia produtiva de um mesmo mercado, por exemplo, a concentração entre produtores e respectivos fornecedores) e a criação de conglomerados (concentração entre agentes econômicos cujos produtos não são complementares e nem concorrem entre si, com a possibilidade de integração de países e produtos diversos).

As vantagens financeiras estão relacionadas à possibilidade de domínio pela sociedade controladora de diversas e variadas sociedades e suas respectivas atividades, a partir de uma alocação menor de recursos financeiros, ou seja, as estruturas grupadas piramidais ou em cascata permitem o acúmulo de poder com menor capital investido. A estrutura grupada permite que a dissociação entre propriedade e controle de capital seja levada às últimas consequências, permitindo, dessa forma, que ocorra o controle sobre a maior massa possível de recursos com o menor investimento de capitais próprios.

Todos esses motivos apontam para melhor eficiência e proteção na aplicação do capital. O benefício da limitação da responsabilidade no âmbito dos grupos traz inúmeros resultados que não são apenas legítimos, mas que também seriam altamente desejáveis; a limitação de responsabilidade é algo que não interessa apenas a empresa devedora, mas também seus credores, pois permite que o credor analise apenas a situação patrimonial da sociedade com a qual diretamente contrata, sem ter que investigar o *status* do grupo

inteiro⁴⁰⁴. A responsabilidade solidária prevista na Lei Anticorrupção Brasileira rompe com esse modelo e pode impactar nos custos de transação para instituições financeiras, por exemplo, que deverão impor um alto padrão de análise e cautela na concessão de crédito para sociedades grupadas, especialmente se alguma sociedade integrante do grupo tenha maior exposição aos possíveis ilícitos listados pela Lei Anticorrupção Brasileira⁴⁰⁵.

No Brasil, a Lei das Sociedades por Ações adotou modelo regulatório favorável à constituição dos grupos de sociedades, passando a permitir a existência de *holdings* puras⁴⁰⁶ e de subsidiárias integrais⁴⁰⁷, além de regular os grupos de direito e de fato.

A Lei das Sociedades por Ações brasileira, nesse contexto, não só é uma das pioneiras em sistematizar a matéria – afinal, antes de 1976, somente a Alemanha a disciplinava –, como é, ainda hoje, umas das únicas a fazê-la⁴⁰⁸.

A Lei das Sociedades por Ações, aproximando-se da legislação alemã, fixa uma disciplina dual dos agrupamentos societários de subordinação, tradicionalmente expressa na dicotomia entre grupos de direito e grupos de fato.

Na prática, conforme VIO⁴⁰⁹, são raros os casos dos grupos de direito no Brasil. Ainda que a Lei das Sociedades por Ações, ao aludir aos grupos de sociedades, refira-se unicamente aos de direito, não desprezou o fato de as empresas se agruparem mediante relações de controle ou de coligação. Tanto assim que em capítulo intitulado “Sociedades coligadas, controladoras e controladas” (Cap. XX, arts. 243 a 264), disciplinou algumas

⁴⁰⁴ VIO, Daniel de Ávila. *Grupos societários –ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

⁴⁰⁵ BENINI, Eduardo. *A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas*. 2017. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017.

⁴⁰⁶ COMPARATO assinala o seguinte: “até o advento da atual lei de sociedades por ações, a existência de *holdings* puras, cujo objeto era unicamente a participação no capital de outras sociedades, aparecia propriamente à margem dos textos legais. A nova lei acionária legitimou essa prática, ao declarar que ‘a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades’, e acrescentando: ‘ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais’ (art. 2º, § 3º)”, em COMPARATO, Fabio Konder. Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações. *Revista de Direito Mercantil*, n. 23, ano XV, p. 92, 1976.

⁴⁰⁷ Também em COMPARATO: “trata-se de uma das grandes inovações da Lei 6.404. Doravante, não há mais necessidade dos recursos a piedosas simulações, para encobrir a unipessoalidade social. Venceu-se a tradicional relutância do legislador em admitir sociedade com um único sócio”, em COMPARATO, Fabio Konder, op. cit., p. 101.

⁴⁰⁸ TAVANTI JUNIOR, José Eduardo. A questão dos grupos no processo de recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol. 10/2018, out.-dez 2018.

⁴⁰⁹ VIO, Daniel de Ávila. *Ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato, no direito societário brasileiro*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

questões intrínsecas a esse relacionamento, notadamente a disciplina do conflito de interesses e dos deveres e responsabilidades dos administradores e das sociedades controladoras do grupo.

Com efeito, há verdadeiramente uma dicotomia intrínseca aos grupos: enquanto, juridicamente, as empresas mantêm autônomas as suas personalidades jurídicas, elas se submetem a uma direção unitária e experimentam, não raras as vezes, certa confusão entre seus patrimônios, sem que isso implique, muito evidentemente, a personalização jurídica do grupo societário. Como de se esperar, essa complexa dicotomia dos grupos econômicos gera enormes discussões e a evidente dificuldade em se conjugar o interesse do grupo com o interesse individual das sociedades, aí considerados, também, os interesses dos acionistas minoritários, dos credores e da Administração Pública (para fins, por exemplo, da Lei Anticorrupção Brasileira).

5.2.1 O grupo econômico no Direito Brasileiro

Tradicionalmente, o Direito é visto como um sistema completo, dividido metodologicamente, para fins de melhor compreensão e aplicação, em microssistemas que se coordenam entre si. Algumas vezes os microssistemas cuidam do mesmo instituto de forma distinta e assim torna-se necessário conceituá-lo e aplicá-lo de forma distinta, conforme o caso concreto⁴¹⁰. É o que ocorre com o conceito de “grupo econômico” no Direito brasileiro.

No Direito societário, o conceito de grupo conceito de grupo econômico é objeto da Lei das Sociedades por Ações, a partir da interpretação coordenada de alguns dos seus dispositivos (arts. 265, 267, 269, entre outros). Nesse campo do Direito, o grupo econômico pode ser entendido como “grupo de direito” e “grupo de fato”.

A Lei das Sociedades por Ações regula de forma direta os chamados “*grupos de direito*”, aqueles que preenchem certos elementos legais e formalidades pré-estabelecidas. Dessa forma, os “*grupos de direito*” somente podem ser formados mediante a celebração de uma convenção (contrato) entre todas as sociedades participantes, cujo objetivo econômico específico estará em se obrigarem a combinar recursos ou esforços para a

⁴¹⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BUDRIESI, Paola. O conceito de grupo econômico no direito comercial e sua visão (distorcida) na justiça trabalhista. *Migalhas*, São Paulo, SP, 3 jun. 2013.

realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns (arts. 265 e 271). A convenção por meio da qual o grupo econômico é constituído e regulamentado deverá ser aprovada pelas sociedades dele integrantes, de acordo com as normas vigentes para a promoção de alterações de seus contratos ou estatutos sociais (art. 270), sendo assegurado ao sócio dissidente da deliberação que aprovar a associação da sociedade da qual participa às demais o direito de retirada desta, mediante o respectivo reembolso de suas ações ou quotas (art. 270, § único). É obrigatória a designação de uma sociedade controladora, ou de comando do grupo, que exerça, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. O grupo econômico e as sociedades que o integram terão designação da qual constarão as palavras “grupo de sociedades” ou simplesmente “grupo”, de forma a facilitar a identificação do primeiro (art. 267). A constituição do “grupo de direito” ocorre com a deliberação das assembleias das sociedades envolvidas, mas somente produzirá efeitos perante terceiros depois de a convenção ser devidamente arquivada no registro do comércio do Estado onde estiver localizada a sede de comando do grupo (art. 271). Além de serem arquivadas no registro do comércio do local de sede da sociedade de comando, as alterações dos contratos e estatutos sociais das demais sociedades integrantes do grupo econômico também deverão ser arquivadas perante o registro de comércio dos Estados das respectivas sedes dessas sociedades (art. 271, § 1º). Todas as certidões de arquivamento no registro do comércio deverão, ainda, ser publicadas, nos termos do art. 271, § 2º.

Ocorre que “os grupos de direito ‘não pegaram’ no Brasil”⁴¹¹. São raríssimos os casos de “grupos de direito” no nosso país, não somente pela excessiva burocracia na sua constituição, mas também porque o legislador não cuidou de integrar o Direito Comercial com o Direito Tributário, deixando de prever vantagens e eficiências tributárias para essa forma de organização societária.

O “grupo de fato” é aquele existente entre sociedades que estão relacionadas em decorrência da participação que uma possui no capital social das outras (conforme situação de controle ou coligação), sem que haja, todavia, um acordo sobre sua organização formal, administrativa e obrigacional, seguindo as formalidades da Lei das Sociedades por Ações.

⁴¹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BUDRIESI, Paola. *O conceito de grupo econômico no direito comercial e sua visão (distorcida) na justiça trabalhista. Migalhas*, São Paulo, SP, 3 jun. 2013.

Conforme EIZIRIK⁴¹²:

O grupo de fato é aquele integrado por sociedades relacionadas tão somente por meio de participação acionária, sem que haja entre elas uma organização formal ou obrigacional. As relações jurídicas mantidas entre as sociedades que integram o grupo devem ser fundamentadas nos princípios e nas regras que regem as relações entre as companhias isoladas.

Sob o ponto de vista de dominação, os grupos e fato podem se organizar por: (i) uma relação de subordinação, em que sociedades controladas são hierarquicamente dependentes da controladora, ou seja, há direção unitária e a sociedade de comando tem a possibilidade de atender os seus próprios interesses; ou (ii) uma relação de coordenação, caracterizada pela paridade entre as sociedades integrantes do grupo, sem imposição de interesses. Sob o ponto de vista da natureza jurídica, os grupos podem ter: (i) base contratual, instituídos mediante contrato; ou (ii) base societária, a partir da participação acionária de controle da sociedade de comando nas demais unidades integrantes do grupo.

Assim, como regra geral no Direito Societário, diante da preservação da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial das sociedades integrantes de um grupo econômico (de direito ou de fato), a princípio, somente a sociedade que vier a se vincular diretamente junto a terceiros é que responderá pelas obrigações contraídas perante os mesmos, não havendo que se falar, portanto, em solidariedade entre as sociedades integrantes do grupo. Novamente citando EIZIRIK⁴¹³:

As sociedades participantes do grupo de direito conservam a sua independência jurídica, sendo, portanto, titulares dos direitos e responsáveis pelas obrigações contraídas em seus nomes (art. 266). Disso resulta que, em nosso ordenamento jurídico, não existe, como regra, a responsabilidade solidária ou subsidiária passiva entre as sociedades integrantes do grupo de direito; cada sociedade responde, em princípio, apenas pelas obrigações que lhes são próprias.

A Lei das Sociedades por Ações não utilizou a solidariedade entre as sociedades grupadas como forma de proteção de credores. Confira-se:

O Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos. (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1976).

⁴¹² EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 515.

⁴¹³ EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 522.

Essa regra geral do Direito Societário (separação patrimonial e não-solidariedade) somente não se aplica em casos excepcionais de desconsideração da personalidade jurídica, que requer a demonstração de abuso da personalidade jurídica diante do caso concreto (conforme Capítulo 5, *infra*). Nesse sentido, REsp 968564/RS:

Desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.⁴¹⁴

No Direito do Trabalho, o art. 2º, § 2º, da CLT estabelece que todas as empresas integrantes do mesmo *grupo econômico* respondem solidariamente pelo pagamento das obrigações trabalhistas⁴¹⁵. Define-se grupo econômico à luz da legislação trabalhista, portanto, quando uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra (grupo econômico por subordinação). Trata-se de *grupo econômico de dominação*, que pressupõe uma empresa principal ou controladora e uma ou várias empresas controladas (subordinadas). Portanto essencial para a formação de grupo de empresas é que exista uma coordenação interempresarial com objetivos comuns, uma unidade diretiva. A concepção de grupo econômico na lei trabalhista assume contornos excessivamente amplos⁴¹⁶, pois visa a estabelecer uma garantia legal em prol da efetiva solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Em matéria de proteção ao consumidor, a Lei nº 8.078/90 prevê a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, *caput* e § 5º)⁴¹⁷, a responsabilidade solidária das empresas

⁴¹⁴ REsp 968564/RS, Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 18/12/2008, DJe 02/03/2009.

⁴¹⁵ CLT, art. 2º, par. 2º: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

⁴¹⁶ A Justiça do Trabalho tem identificado grupos de empresas constituídos informalmente a partir dos seguintes indícios: (i) a direção e/ou administração das empresas pelos mesmos sócios e gerentes e o controle de uma pela outra; (ii) a origem comum do capital e do patrimônio das empresas; (iii) a comunhão ou a conexão de negócios; (iv) a utilização da mão de obra comum ou outras situações que indiquem o aproveitamento direto ou indireto por uma empresa da mão de obra contratada por outra. Conforme VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BUDRIESI, Paola, *op. cit.*

⁴¹⁷ Art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração [...] § 5º -

atuantes em consórcio (art. 28, § 3º)⁴¹⁸ e a responsabilidade subsidiária das empresas integrantes do mesmo grupo econômico (art. 28, § 2º)⁴¹⁹.

No Direito Concorrencial, o art. 4º da Resolução CADE nº 2/2012 considera grupo econômico, para fins do cálculo do faturamento do grupo nos atos de concentração e mensuração do poder de mercado, as empresas que estejam sobre controle comum e aquelas em que os sócios participem com 20% ou mais do capital social total ou votante.⁴²⁰ Percebe-se que a definição de grupo econômico para fins de atuação preventiva do CADE é bem mais ampla do que aquela do Direito Societário, pois considera que haverá influência relevante quando há uma:

união de centros decisórios em áreas estratégicas que levem a uma coordenação ou comportamento cooperativo, mesmo quando um dos acionistas tem participação minoritária [...] Essa participação pode ocorrer pela participação acionária, mas também por meio de contratos de empréstimos, de garantias, de arrendamento, de fornecimento, etc. Nestes casos, é possível que pessoas jurídicas que não possuam vínculos societários diretos ou indiretos figurem como partes de um mesmo grupo econômico. Nesse sentido, a influência relevante pode se expressar em uma variedade de formas: (i) a possibilidade do acionista eleger membros do conselho de administração e diretoria, (ii) o controle de participação minoritária com a dispersão das ações, (iii) o exercício de influência nas assembleias gerais, (iv) acordos de acionistas, (v) a existência de algum vínculo contratual capaz de influir na estratégia empresarial (controle externo) e (iv) as previsões estatutárias que atribuem valor desproporcional a participações (exemplo: poder de veto em temas específicos).⁴²¹

Da mesma forma, no que diz respeito à extensão dos efeitos da responsabilidade pelos atos anticoncorreciais praticados por uma sociedade integrante de um mesmo grupo econômico às demais, é importante ressaltar que o artigo 33 da Lei nº 12.529/2011 prevê, expressamente, existir solidariedade entre todos os componentes do grupo⁴²². Conclui-se que, para haver configuração da responsabilidade do grupo econômico no Direito Concorrencial, é preciso se demonstrar, diante do caso concreto, que os componentes do grupo agem sob

Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

⁴¹⁸ Art. 28, § 3º “As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.”

⁴¹⁹ Art. 28, § 2º: “As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.”

⁴²⁰ Res. CADE 2/2012, Art. 4º, § 1º: “Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente: (i) as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

⁴²¹ Caso Laureate e Anhanguera, Processo nº 08700.011105/2012-51, voto do Relator Ricardo Machado Ruiz.

⁴²² Lei nº 12.529/11, art. 33: “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

“orientações gerais centrais” que influenciam significativamente a estratégia competitiva por eles adotada. Essa é a lógica do grupo econômico no Direito Concorrencial.

Se a lógica de grupo econômico no Direito Societário repousa em aspectos formais (grupos de direito) e em aspectos de participações acionárias e controle decisório ou influência significativa (grupos de fato), no Direito do Trabalho reside na efetiva solvabilidade dos créditos trabalhistas e no Direito Concorrencial funda-se na coordenação central que influencie significativamente a estratégia competitiva, qual é a lógica do grupo econômico na Lei Anticorrupção Brasileira? Veremos a seguir.

5.2.2 Responsabilidades do grupo econômico na Lei Anticorrupção Brasileira

O art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que “as sociedades *controladoras, controladas, coligadas* ou, no âmbito do respectivo contrato, as *consorciadas* serão *solidariamente responsáveis* pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado” (grifo nosso).

Percebe-se, de início, a intenção do legislador brasileiro de facilitar a responsabilização de controladores e outros integrantes do grupo econômico por atos ilícitos causados por empresas pertencentes a tal grupo. Inicialmente, cumpre ressaltar que, por se tratar de responsabilidade solidária, a Administração Pública poderá cobrar multa ou ressarcimento de quaisquer dos responsáveis, de todos conjuntamente, ou de somente alguns deles, nos termos do que dispõe o art. 275 do Código Civil. Qualquer um dos devedores solidários responderá pelo todo.

A solidariedade intragrupo da Lei Anticorrupção Brasileira foi objeto de muita polêmica no processo de tramitação do projeto de lei perante a Câmara Federal de Deputados e o Senado Federal, com pareceres o Deputados Carlo Zarattini e Eduardo Cunha. Por exemplo, houve debate sobre a natureza da responsabilidade do grupo econômico, se subsidiária ou solidária, prevalecendo ao final a solidariedade. Também houve tentativa (frustrada) de exclusão da solidariedade especificamente para as sociedades coligadas, permanecendo, porém, a redação que as incluiu.

SALOMÃO FILHO é favorável à noção de “imputar na esfera administrativa objetivamente os ilícitos ao beneficiário primeiro e último dos ilícitos praticados, ou seja,

o controlador da empresa”. Prosseguindo com o autor:

o controle da empresa deveria ser alienado e o valor da referida transferência de controle, ao invés de ser atribuído ao antigo controlador, seria integralmente aproveitado para pagamento da multa devida pela empresa pela prática corruptora. Dessa forma, a atividade produtiva fica preservada e os beneficiários últimos dos ilícitos sofrem as consequências dos proventos pecuniários obtidos.⁴²³

A nosso ver, principalmente confrontando com o regramento do FCPA discutido no capítulo acima, tal dispositivo é demasiadamente abrangente e impreciso e peca por não vincular as sanções aplicáveis à participação, conduta ou benefícios econômicos de tais terceiros, na medida de sua reprovabilidade. A responsabilização objetiva e solidária de empresas do grupo econômico extrapola os limites da legalidade do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador e até mesmo da razoabilidade, na medida em que penaliza terceiros, civil e administrativamente, independentemente da existência de qualquer nexo de causalidade, como coparticipação, conhecimento, negligência ou beneficiamento.

NOBRE e LEITE entendem que essa regra de solidariedade do grupo econômico pode gerar mais injustiças do que benefícios:

a aplicação dessa solidariedade sem qualquer outro critério gerará, em alguns casos, mais injustiças e perplexidades que benefícios. Se a lei veio com a nobre finalidade de reduzir ou mesmo eliminar esse mal que tanto assola nosso país, certamente não poderá chegar ao seu objetivo sem uma cautelosa análise de situações concretas, sob pena de se chegar à injustiça inversa, qual seja, impor responsabilidade àquele que não teria, de modo algum, como evitar a corrupção, e nem seria beneficiado por ela.⁴²⁴

O conceito de solidariedade intragrupo da Lei Anticorrupção Brasileira representa uma ruptura com o modelo de responsabilidade perante credores externos adotado pela Lei das Sociedades por Ações (art. 266), que trata as sociedades integrantes do grupo econômico como entes autônomos e centros independentes de imputação de responsabilidade⁴²⁵. Mesmo que se admita a solidariedade intragrupo, há pontos de preocupação no que tange à necessidade de participação das empresas no processo administrativo sancionador desde o seu início. A natureza sancionadora da norma jurídica

⁴²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. *Valor Econômico*, São Paulo, 1 abr. 2015. Disponível em: www.valoreconomico.com.br. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁴²⁴ LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947, p. 313, 2014.

⁴²⁵ DINIZ, Gustavo Saad. Desconsideração da personalidade jurídica e grupos societários. In: CARDOSO, Jair Aparecido (org.). *Pessoa jurídica: hipótese de consideração e desconsideração no direito brasileiro*. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2014.

implica a necessária participação de todas as sociedades no processo administrativo sancionador, para que se permita a ampla defesa de cada entidade e a coordenação entre elas. Conforme CARVALHOSA, “somente podem ser condenadas no devido processo penal-administrativo, as pessoas jurídicas controladas, controladoras ou coligadas se elas efetivamente integraram a prática dos delitos de corrupção praticados no âmbito do grupo econômico ou social de que participam”⁴²⁶. No mesmo sentido, OLIVEIRA⁴²⁷ reconhece a necessidade de participação das pessoas jurídicas solidariamente responsáveis, no processo administrativo sancionador.

Dito isso, cabe precisar o que são sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas.

A relação de controle vem disciplinada no art. 1.098 do Código Civil e no art. 243, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações. Os dois conceitos, mesmo que não idênticos, em certa medida, coincidem entre si.

No Código Civil:

Art. 1.098. É controlada: I) a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II) a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

Na Lei Das Sociedades por Ações.

Art. 243 § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Ao final, as definições de sociedades “controladora” e “controlada” fundam-se na definição de “acionista controlador” da Lei das Sociedades por Ações, que assim dispõe:

Art. 116 - Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (i) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (ii) usa efetivamente seu poder para dirigir as

⁴²⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 170.

⁴²⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75.

atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Assim, nota-se que a definição de controle não depende unicamente da posição acionária ou titularidade da maioria das ações, mas sim do poder efetivo de determinar os negócios sociais e eleger a maioria dos administradores.

O art. 116 da Lei das Sociedades por Ações adiciona um requisito que ao menos expressamente o Código Civil (art. 243, § 2º) não exige, qual seja, aquele mencionado na alínea “b”: o controle efetivo. A exigibilidade de controle efetivo, isto é, aquele que de fato é exercido, estabelece a necessidade do elemento fático de controle. Conforme CARVALHOSA⁴²⁸:

A aptidão de comandar não configura controle. O que identifica essa posição de privilégio e responsabilidade legal (arts. 117 e 245) é o efetivo exercício desse poder de impor a política e os quadros de administração das sociedades direta ou indiretamente controladas.

Tem-se, ao menos, quatro modalidades de controle: o controle total (no caso das subsidiárias integrais), o controle majoritário (representado pela maioria do capital social votante), o controle compartilhado (representado por bloco de controle ou acordos de voto) e o controle minoritário, no caso de acionistas relevantes em companhias sem um controlador majoritário claramente definido. Assim, numa companhia de capital disperso ou difuso, um acionista que detenha participação acionária relevante (ainda que não represente a maioria do capital social) poderá ser responsabilizado solidariamente pelos atos de corrupção da sociedade por ele controlada.

Importante observar que a solidariedade somente pode se aplicar no caso de controlador pessoa jurídica, e não ao controlador pessoa física, já que o art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira fala em “sociedades”. Nos termos do art. 265 do Código Civil, “a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”, e não pode ser interpretada extensivamente.

A definição de “coligada” consta em dois diplomas legais brasileiros e não está claro qual deles a Lei Anticorrupção Brasileira pretendeu utilizar:

- (i) *Lei das Sociedades por Ações*: art. 243, parágrafo 1º, que dispõe que “são

⁴²⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei De Sociedades Anônimas*: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009 e a Lei n. 12.810, de 15 de maio de 2013. v. 4, tomo II. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” e art. 243, parágrafo 5º, que dispõe que “é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”; esse percentual veio a ser reduzido a 10% ou mais posteriormente, por conta da Lei nº 11.941/2009, que tratou da adoção do IFRS;

- (ii) Código Civil: art. 1.099, que dispõe que a sociedade coligada ou filiada é aquela “cujo capital outra sociedade participa com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

Há controvérsia se a leitura, para fins de controle de sociedades anônimas na Lei Anticorrupção Brasileira, deva considerar o percentual de 20% ou de 10%. Isso porque a Lei nº 11.941/2009, que reduziu a presunção de “influência significativa” de 20% para 10%, o fez apenas para fins da própria Lei nº 11.941/2009 (que trata da adoção do IFRS e outros aspectos tributários), e não para outros fins legais (ver art. 46 da Lei nº 11.941/2009). A nosso ver, a Lei Anticorrupção Brasileira, como qualquer lei de natureza sancionatória, não pode ser afetada pela redução de participação da Lei nº 11.941/2009.

DEMATTE, Coordenador-Geral de Responsabilização de Entes Privados da Controladoria-Geral da União, apesar de não fazer qualquer referência à Lei nº 11.941/2009, assim explica acerca da configuração de coligação:

A segunda é a chamada “relação de coligação”, que pode ser identificada de duas formas, de acordo com o tipo de sociedades envolvidas na relação: se não houver sociedade anônima envolvida, a coligação ocorre quando uma sociedade participa com 10% ou mais do capital de outra sociedade, sem controlá-la (artigo 1.099 do Código Civil); se na relação houver uma sociedade anônima, ter-se-á uma coligação quando a sociedade investidora exercer influência significativa sobre a sociedade investida, no sentido daquela deter ou exercer sobre esta, sem controlá-la, o poder de participar nas decisões das suas políticas financeira ou operacional (artigo 243, parágrafos 1º e 4º, da Lei 6.404/76), sendo que tal poder é presumido quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.⁴²⁹

Vale destacar a insegurança jurídica que quaisquer dessas definições apresentam. Numa situação em que um investidor adquira, privadamente ou em bolsa, um lote acionário superior a 20% (ou 10%, numa leitura mais restritiva), poderá ele ser responsabilizado

⁴²⁹ DEMATTÉ, Flavio Rezende. Responsabilidade solidária exige interpretação harmônica. Lei anticorrupção. *Consultor Jurídico*, 28 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-28/flavio-dematte-responsabilidade-solidaria-exige-interpretacao-harmonica>. Acesso em 12 fev. 2019.

solidariamente por atos de corrupção da companhia investida e seus administradores e agentes, independentemente de qualquer envolvimento ou conhecimento de tais atos de corrupção. Isso não nos parece fazer sentido.

Externando preocupação semelhante, consignou em relatório o Comitê Anticorrupção e *Compliance* do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial (IBRADEMP):

Com relação às coligadas, acreditamos que deveriam ser eliminadas do texto, pois, nos termos do art. 1.009 do Código Civil e pela Lei das Sociedades por Ações, o simples fato de participar com 10% ou mais de uma sociedade a caracteriza como coligada. Tal participação pode não caracterizar ingerência administrativa ou controle e, ainda assim, possibilitaria a responsabilização de empresas coligadas por mera conveniência.⁴³⁰

Cogita-se ainda que a previsão de responsabilidade solidária para as coligadas possa atingir até mesmo o BNDES. O BNDESPAR é uma sociedade por ações constituída como subsidiária integral do BNDES e em sua atuação realiza operações financeiras de subsídio, que acaba o tornando acionista de diversas sociedades. Muitas vezes essa participação configura coligação, motivo pelo qual poderia compor o espectro de responsabilidade solidária da Lei Anticorrupção Brasileira. Nesse caso, o cofre público sofreria as consequências econômicas da Lei Anticorrupção Brasileira (por meio das sanções ao BNDESPAR) e seria ao mesmo tempo o beneficiário de tais multas e indenizações. É o típico caso de “tirar dinheiro do bolso esquerdo e colocar no bolso direito”.

No caso das consorciadas, a lei estabeleceu a responsabilidade solidária “no âmbito do respectivo contrato”. As fragilidades são evidentes, pela relação que normalmente se dá entre sociedades consorciadas num determinado consórcio.

Nos termos do art. 278 da Lei das Sociedades por Ações, um consórcio não tem personalidade jurídica e é formado, temporariamente, para executar um empreendimento. Cada uma das consorciadas não tem poder, nem direito, de fiscalizar os atos das outras consorciadas que não estejam especificamente dispostos no contrato de consórcio. Por esse motivo, o art. 287, § 1º, estabelece que “cada consorciada responde por suas obrigações do consórcio, *sem solidariedade*”. A Lei Anticorrupção Brasileira parece ter ignorado esse aspecto, estabelecendo a responsabilidade solidária entre o consórcio e as consorciadas, ao

⁴³⁰ Relatório enviado em novembro de 2011 à Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer ao PL nº 6.826/2010.

arrepio da Lei das Sociedades por Ações.

No entanto, vale mencionar que a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 8.666/93 impõem a solidariedade quando da participação de consórcios em licitações públicas, pois, conforme a explicação de JUSTEN FILHO:

O Direito Comercial não prevê responsabilidade solidária pelos atos praticados em virtude do consórcio. Cada consorciado responde em nome próprio pelos atos a si imputáveis. A situação é diversa no Direito Administrativo, eis que o regime jurídico correspondente é caracterizado por outros princípios. O ponto fundamental da distinção reside na responsabilidade solidária dos consorciados pelos atos praticados, ao longo da execução do contrato administrativo.⁴³¹

Além disso, não foi estabelecido nenhum critério de preponderância ou áreas de responsabilidade dentro do consórcio. Assim, uma consorciada que participe do consórcio para realizar uma determinada tarefa de menor importância (por exemplo, uma consorciada que tenha o único propósito de fornecer consultoria, serviços ou equipamentos para uma obra de grande porte) poderá ser solidariamente responsabilizada com as demais consorciadas que gerem mais diretamente o projeto.

Ao distanciar-se de seu modelo de inspiração norte-americano, a Lei Anticorrupção Brasileira cria insegurança jurídica com a previsão de responsabilidade objetiva e solidária a empresas de um mesmo grupo econômico, sem que se prove algum grau de benefício, participação, envolvimento, conhecimento ou defesas aplicáveis.

Dada essa insegurança jurídica do texto normativo, precisamos estabelecer alguns limites e parâmetros para que se opere a sucessão ou responsabilização solidária da Lei Anticorrupção Brasileira entre as empresas de um mesmo grupo econômico.

Necessidade de Benefício ou Interesse

Cumpramos ressaltar que o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelos atos lesivos “praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Isso afasta a possibilidade de imputação automática ou discricionária de responsabilidade pelo simples fato de figurar numa relação lesiva à Administração Pública, uma vez que caberá às autoridades administrativas ou judiciais comprovarem que a prática lesiva teve como finalidade beneficiar ou atender a um interesse

⁴³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 495.

do infrator. Trata-se de responsabilidade objetiva com um requisito especial (benefício ou interesse do infrator).

Tal condicionante também deve ser atendida no momento de imputação de responsabilidade às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, para fins da solidariedade do grupo econômico. A interpretação do art. 4º, § 2º (responsabilidade solidária derivada), deve ser feita em consonância com o art. 2º (responsabilidade principal). Alertando para a necessidade de benefício ou interesse, alerta DEMATTE:

uma interpretação isolada e literal dessa disposição legal, contida no art. 4º, levaria à conclusão de que, por exclusivo critério do órgão ou entidade da administração pública lesada, a exigibilidade das obrigações pelo pagamento de multa e reparação de danos poderia recair livremente sobre quaisquer sociedades empresárias que tivessem entre si algum tipo de relação societária, sejam elas controladas/controladoras, coligada investidora/coligada investida ou consorciadas, bastando que uma delas tivesse incorrido em algum dos atos lesivos previstos no art. 5º.⁴³²

O art. 2º, que cria a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, pode ser considerado a pedra angular da Lei Anticorrupção Brasileira e condiciona a responsabilização das pessoas jurídicas ao fato de que os atos lesivos por elas praticados tenham gerado algum benefício ou satisfeito algum interesse de tais pessoas jurídicas, seja de forma exclusiva para a infratora, seja de forma compartilhada com outros beneficiados ou interessados.

LEITE e NOBRE⁴³³ afirmam que a análise do grau de benefício ou interesse do ente jurídico envolvido seria critério importante para reconhecimento da solidariedade, pois o § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira deve ser lido em conjunto com seu art. 2º, sendo, assim, a aferição do interesse ou benefício um requisito para a imputação da responsabilidade. No mesmo sentido BARROS⁴³⁴, que afirma que a Lei Anticorrupção Brasileira teria criado uma nova modalidade de responsabilidade objetiva, ao determinar que, além da conduta ilícita, também teria exigido que esta fosse realizada no interesse ou benefício da pessoa jurídica infratora.

Assim, as controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas somente poderão

⁴³² DEMATTE, op. cit., p. 112.

⁴³³ LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 325, set. 2014.

⁴³⁴ BARROS, Zanon de Paula. Questões atinentes à chamada lei anticorrupção. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 2, mar.-abr. 2014.

ser responsabilizadas solidariamente caso tenham recebido algum benefício por conta do ato lesivo. Ou seja, o nexo causal para a responsabilização das entidades do grupo econômico passará necessariamente pelo recebimento de benefício ou atendimento de interesses. A solidariedade da Lei Anticorrupção Brasileira não pode se estender às entidades que não tenham participado e não tenham interesse ou recebido benefício decorrentes do ato ilícito. E falamos aqui em benefício ou interesse *direto* que resulte em vantagem econômica direta do ato ilícito. A constatação do benefício direto fica clara nos casos em que existem pagamentos monetários ou recebimento de outros benefícios oriundos da transação ilícita (por exemplo, parcela do preço, comissão, recebimento de bens etc.), mas também pode se verificar em casos de compartilhamento de despesas, integração de cadeia de produção, subcontratações, parcerias, entre outros. No entanto, o simples recebimento de lucros ou dividendos, no curso normal do negócio, não seria capaz de gerar responsabilidade, a nosso ver⁴³⁵. Uma interpretação razoável seria que dividendos extraordinários, majorados exclusivamente por consequência da atividade ilícita, seriam “benefícios” que atenderiam o requisito dos arts. 2º e 4º, mas dividendos regulares, recebidos no curso normal da relação acionista/sociedade, em linha com valores de dividendos pagos no passado, não constituiriam benefícios do ato ilícito capazes de disparar a solidariedade.

Controle da Conduta

Para a aplicação da solidariedade do grupo econômico, seria recomendável, a nosso ver, a investigação da realidade do grupo (forma como é exercido o controle), do grau de independência dos órgãos deliberativos e diretivos das sociedades controladas e coligadas, das práticas e valores impostos pela controladora, para então se permitir a extensão da responsabilidade entre elas.

Conforme BANDEIRA DE MELLO, cumpre verificar se existe ou não, por parte de alguém diverso do infrator, a ser qualificado como “responsável”, a possibilidade de controlar a conduta. “São pois, fundamentalmente duas hipóteses em que se pode admitir a transmissibilidade das multas e, pois, o surgimento da figura do responsável. Uma hipótese é aquela em que o sujeito a ser configurado como responsável dispõe de controle sobre o infrator [...] Outra hipótese é aquela em que o sujeito qualificável como responsável dispõe

⁴³⁵ E também no entender de LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 313, set. 2014.

de meios para constranger o infrator a se submeter ao pagamento da multa”.⁴³⁶ Com base nesse argumento, seria possível justificar a transmissibilidade de sanções pecuniárias entre controladora-controlada nos casos em que há efetivo controle de conduta, mas restaria impossível transmitir responsabilidade aos acionistas ou consorciados por ilícitos de corrupção praticados por sociedades coligadas ou consorciadas, sem controle efetivo.

Além disso, conforme OLIVEIRA, “deve-se distinguir a sanção meramente reparatória de algum dano, hipótese em que será transmissível, das sanções punitivas ou aflitivas, que não se transmitem”.⁴³⁷

Conforme BENINI⁴³⁸, não está correto aplicar a solidariedade unicamente com base na mera participação societária. O que se busca é o reconhecimento de que a mera condição subjetiva, ou seja, a mera posição de sócio integrante de grupo, seja controlador, controlado e/ou coligado, não é elemento único e suficiente para que se imponham mecanismos de responsabilização solidária ou subsidiária⁴³⁹, razão pela qual os critérios trazidos pela Lei Anticorrupção se mostram insuficientes e até mesmo inadequados, diante da realidade das empresas grupadas. Parece-nos que o modelo de responsabilidade adotado pela Lei Anticorrupção Brasileira, que tem um viés claramente sancionador, merece maior reflexão para que sejam estabelecidos critérios para a imputação de responsabilidade no âmbito dos grupos de sociedades. A participação na conduta e o grau de dominância efetiva entre as empresas se apresentam como elementos capaz de atrair responsabilidade às sociedades integrantes do grupo. Conforme já tivemos oportunidade de afirmar:

A responsabilização objetiva e solidária de empresas do grupo econômico extrapola os limites da legalidade do direito penal e administrativo sancionador, e até mesmo da razoabilidade, na medida que penaliza terceiros, civil e administrativamente, independente da existência de qualquer nexos de causalidade, como coparticipação, conhecimento ou negligência.⁴⁴⁰

Conforme exposto, a hipótese do interesse/benefício deve prevalecer, mas não pode

⁴³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 879-880.

⁴³⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.

⁴³⁸ BENINI, Eduardo. *A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas e coligadas*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

⁴³⁹ VIO, Daniel de Ávila. A Lei Anticorrupção e sociedades coligadas. *Valor Econômico*, 20 nov. 2014.. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3785758/lei-anticorruptao-e-sociedades-coligadas#ixzz3JcDcyWrg>. Acesso em: 16 abr. 2017.

⁴⁴⁰ SPERCEL, Thiago. Considerações sobre a responsabilidade solidária no grupo econômico por atos de corrupção. *Revista de Direito Empresarial*, v. 4/2014, p. 288, jul. 2014.

ser a única determinante para a imputação da solidariedade. É necessário avançar na análise. É necessária a identificação do grupo societário e suas respectivas características, considerando-se tanto a relação de controle/subordinação, como a direção unitária; vale dizer, verificar se o poder de comando é exercido de forma intensa e todas as sociedades são efetivamente dominadas pela controladora ou se há independência na tomada de decisões e autonomia de cada uma das sociedades que integram o grupo. Nessa linha, conforme CASTILHO e DIPP⁴⁴¹, a responsabilidade solidária poderia ser aplicada à controladora por atos de corrupção praticados por suas controladas, mas o contrário não seria possível, ou seja, as controladas nunca poderiam ser responsabilizadas por atos praticados pela controladora⁴⁴² porque não há posição de controle/subordinação “de baixo para cima”. Não há razão para que as sociedades controladas respondam por atos lesivos praticados pela sociedade controladora, pois a lógica de dominação segue o caminho oposto, ou seja, o poder emana da controladora para a controlada, nunca o contrário.

Poderá haver, no entanto, algumas exceções em que a responsabilidade da controlada será admitida: (i) quando as sociedades controladas agiram de maneira integrada para viabilizar ato ilícito ou benefício indevido, caso em que a solidariedade estará atrelada à conduta, e não à mera relação societária; (ii) quando houver comprovada ciência da controlada inocente e seus órgãos de administração dos atos lesivos praticados pela controladora ou outra controlada, beneficiando-se sem levantar objeção; (iii) quando houver profunda integração financeira e/ou patrimonial, ou de alguma forma a controladora estiver esvaziando seu patrimônio em favor da controlada (blindagem patrimonial). Mas, repise-se, essas deveriam ser as exceções, e não a regra, e para isso já temos a figura da desconsideração reversa da personalidade jurídica (art. 50, § 3º, do Código Civil).

A reponsabilidade solidária da controladora por atos de suas controladas poderá decorrer das seguintes hipóteses: (i) atuação conjunta ou comprovado envolvimento nos atos lesivos praticados pela controlada, seja por meio da ordenação da prática dos atos ilícitos ou pelo conhecimento efetivo sem as necessárias medidas para impedi-los; (ii) existência de interesses ou benefícios para a controladora; (iii) falha no dever de supervisão das controladas. Para BENINI⁴⁴³, deve-se admitir a exclusão da responsabilidade da

⁴⁴¹ CASTILHO, Manoel Volkmer de; DIPP, Gilson. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁴² Exceto nos casos de participação ou envolvimento direto, por ato próprio.

⁴⁴³ BENINI, Eduardo, op. cit., p. 131.

controladora quando: (i) a sociedade controladora comprove a adoção de programas de integridade e *compliance* e, em decorrência desses programas, denuncie e remedie as irregularidades prontamente e (ii) quando a controlada atue de maneira independente, sem dominação nem integração patrimonial.

Por fim, vale lembrar que a responsabilidade solidária prevista no § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira somente poderia ser aplicada ao acionista controlador pessoa jurídica, mas não ao acionista controlador pessoa física, uma vez que a redação do § 2º trata de “sociedade controladora”, justificando-se o fato de que solidariedade não pode ser presumida, mas deve decorrer de lei expressa ou convenção entre as partes (art. 265 do Código Civil)⁴⁴⁴.

Limitação às Sanções Pecuniárias (Multa e Reparação)

Iniciamos por afirmar que, em caso de responsabilização solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, ou ainda em caso de fusão e incorporação de uma companhia, somente poderá haver a sucessão da multa administrativa e da obrigação de reparar o dano, mas não haverá a extensão das demais sanções previstas na Lei Anticorrupção Brasileira, que têm natureza personalíssima. Assim, não será aplicável a solidariedade quanto à penalidade administrativa de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inc. II), nem tampouco quanto às sanções judiciais de perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos da infração (art. 19, inc. I), a suspensão ou interdição parcial das atividades (art. 19, inc. II), à dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inc. III) ou à proibição temporária de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do poder público (art. 19, inc. IV).

A esse respeito, sabemos que a possibilidade de transmissão de sanções administrativas entre pessoas jurídicas não é pacífica, de modo que nem a doutrina, nem os tribunais possuem um entendimento consolidado. No entanto, há certo consenso de que somente podem ser transmitidas as sanções de natureza patrimonial não-personalíssima, mas nunca as sanções de natureza personalíssima.

⁴⁴⁴ LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 322, set. 2014.

De acordo com COSTÓDIO FILHO⁴⁴⁵, os princípios constitucionais da individualização e da intranscendência das penas nos casos de sucessão entre pessoas jurídicas não podem ser afastados, de forma ampla e irrestrita. De fato, estabelece o art. 5º, inc. XLV, da CF que “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Conforme ZAFFARONI e PIERANGELI, “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcende da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado”⁴⁴⁶.

Na visão de COSTÓDIO FILHO, o princípio constitucional da intranscendência das penas, cristalizado no inciso XLV do art. 5º da CF/88, deve ser integralmente respeitado quando aplicado aos indivíduos, em processo administrativo ou judicial, mas não deve ser estendido às pessoas jurídicas. Segundo o autor, “considera-se válida, à luz desse princípio constitucional, a regra do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.846/13, prevendo a transmissão de responsabilidade entre pessoas jurídicas envolvidas em operações de transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”⁴⁴⁷.

No Direito Penal, é fora de dúvida a incidência, de modo absoluto, do princípio da intranscendência das penas, mas há controvérsia no Direito Administrativo Sancionador. A doutrina administrativista diferencia as figuras do *sujeito infrator* e do *sujeito responsável* (subsidiário ou solidário). Para tanto, distingue as sanções administrativas *personais* (ou *personalíssimas*) como aquelas que recaem sobre a pessoa do infrator (a exemplo da declaração de inidoneidade ou advertência), das sanções administrativas *reais* ou *pecuniárias* (ou *não-personalíssimas*), que recaem sobre bens, coisas ou objetos, quantificáveis monetariamente. As primeiras (sanções pessoais) seriam intransmissíveis, ao passo que as últimas (sanções pecuniárias) poderiam ser transmissíveis a sucessores, por

⁴⁴⁵ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Sanções administrativas e sucessão empresarial: o caso da Lei Anticorrupção. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 6, p. 11-46, 2015.

⁴⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1, parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁴⁷ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara, op. cit., p. 41 e 44.

força de expressa previsão legal⁴⁴⁸. Conforme FERREIRA, “é constitucionalmente válido transmitir-se, na forma da lei, as sanções reais (pecuniárias ou que recaem sobre bens) e, de modo similar, vedado diretamente impor a terceiros sanções subjetivas (que gravam a figura do infrator e não consideram apenas a conduta proibida)”⁴⁴⁹. Na mesma linha VITTA:

As penalidades reais e as pecuniárias, além de permitirem a responsabilidade e a transmissibilidade, permitem a solidariedade entre os diversos responsáveis ou autores da infração. Em todos os casos, exige-se lei formal, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico-constitucional: presunção da inocência e a dignidade da pessoa humana impedem o entendimento diverso.⁴⁵⁰

Nessa linha, citamos duas decisões importantes, uma do STJ e uma do STF (por ordem cronológica).

Na decisão do STJ sobre Mandado de Segurança impetrado pela Técnica Construções S.A. contra decisão do Ministro de Estado Chefe da CGU⁴⁵¹, a Corte suspendeu a decisão da CGU de estender à sua subsidiária Técnica Construções S.A. os efeitos da declaração da inidoneidade que havia sido aplicada à sua controladora, Delta Construções S.A.

Nesse caso, no âmbito de recuperação judicial homologada em Juízo, a Técnica Construções S.A. havia sido constituída para receber ativos da Delta Construções S.A. e, no entender da CGU, os efeitos da inidoneidade da Delta Construções S.A. deveriam ser estendidos à Técnica Construções S.A. No entender da CGU, “os efeitos da declaração de inidoneidade de determinada empresa estendem-se naturalmente a quaisquer outras que venham a ser constituídas como suas subsidiárias integrais, à luz do direito e, especialmente, dos princípios constitucionais da legalidade, da probidade e da moralidade”⁴⁵².

No entanto, o STJ entendeu não ser possível estender à Técnica Construções S.A. os efeitos da declaração da inidoneidade de sua controladora, por ser sanção de natureza

⁴⁴⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 60.

⁴⁴⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 46.

⁴⁵⁰ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124.

⁴⁵¹ Mandado de Segurança nº 20.703 – DF (2013/0419973-5), Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Ari Pargendler, 13 de agosto de 2014.

⁴⁵² CGU, Aviso Circular nº 04/2013-CGTU/PR, Min. Jorge Hage Sobrinho, de 12/9/2013, conforme citado em FREITAS, Arystóbulo de Oliveira, ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Hipóteses de responsabilidade solidária e decorrentes de sucessão empresarial na lei da empresa limpa e impacto nas operações societárias. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, nº 125, AASP, dez. 2014.

personalíssima, e não se tratar de hipótese de fraude ou simulação, vez que a operação havia sido homologada pelo Juízo recuperacional.

Sobre o perdimento de bens, CAPEZ nos ensina que não pode haver sucessão, pois “a pena é personalíssima e em hipótese alguma pode comunicar-se a terceiros, na medida em que a reponsabilidade objetiva foi repudiada pela nova ordem constitucional. Quanto à perda de bens e valores, não há sequer que se falar em função reparatória, já que o beneficiário não é a vítima e seus dependentes, mas o Fundo Penitenciário Nacional, não havendo obrigação de indenização *ex delicto*”⁴⁵³.

A outra decisão foi preferida pelo STF em sede de Medida Cautelar em Mandado de Segurança⁴⁵⁴ impetrado pela UTCES contra acórdão do pleno do TCU que declarou a inidoneidade da UTCES para contratar com a Administração Pública pelo período de 5 anos, mesmo após ter celebrado acordo de leniência com a AGU e CGU sobre os mesmos fatos analisados, leniência essa que não contou com a participação e celebração do TCU.

O Rel. Min. Gilmar Mendes destacou a importância dos acordos de leniência nos dias atuais para a identificação e persecução dos envolvidos e que a decisão do agente econômico de colaborar com as investigações depende dos incentivos legais que lhe são oferecidos, entre eles a “segurança jurídica e a confiança legítima”. Destaca que “a coexistência de diferentes regimes aplicáveis às licitações, com a sobreposição considerável entre as infrações [...] acaba gerando certa insegurança aos aderentes.”

Momento de Aplicação da Solidariedade

A Lei Anticorrupção Brasileira também é obscura quanto ao momento da identificação da verificação da relação de controle/coligação a fim de imputar a responsabilidade solidária. A relação de controle/coligação deve ser avaliada no momento o ato lesivo (prática da corrupção) ou no momento da instauração do processo sancionador e consequente punição? Colocado de maneira diferente, estamos falando de responsabilidade solidária pela prática do ato ou de responsabilidade solidária pelo pagamento da multa?

⁴⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v.1, parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁵⁴ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 36.496-DF, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Gilmar Mendes, 5 de agosto de 2019.

Embora não existam julgados sobre o tema e possamos nos socorrer de escassa doutrina, entendemos que a solidariedade somente pode atribuída às sociedades que integrem o grupo econômico no momento da infração. Isso porque o § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira fala em responsabilidade “pela *prática* dos atos previstos na lei”, dando a entender que se trata de responsabilidade pela conduta, e não pelo pagamento. Por se tratar de norma de natureza punitiva, parece-nos indispensável que as sanções e responsabilidades sejam aferidas conforme a reprovabilidade da conduta, o que implica a análise da situação do grupo econômico no momento da infração. Nesse sentido, CORRADINI⁴⁵⁵ e BENINI⁴⁵⁶.

Acordos de Leniência

Também cabe indagar se haveria a sucessão ou responsabilização solidária das sanções da Lei Anticorrupção Brasileira nos casos de fusões e aquisições realizadas após a celebração de um acordo de leniência.

O acordo de leniência é um acordo administrativo por meio do qual o ente público, em troca da obtenção de vantagens materiais e processuais, ameniza, por substituição definitiva e consensual, as penalidades civis e administrativas que seriam eventual e oportunamente por ele aplicadas ou requeridas contra aquela pessoa jurídica colaboradora. Ou seja, afastam-se as penalidades previstas em lei, que são substituídas pelas obrigações pactuadas no acordo de leniência.

Por consequência, na visão de OLIVEIRA e SCHIEFLER⁴⁵⁷, o regramento de subsistência da responsabilidade previsto no art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira

não será aplicável quando houver um acordo de leniência vigente que regulamente, por substituição, um regime de responsabilidades próprio aos atos ilícitos praticados. Isso, pois o acordo de leniência, no âmbito de sua competência e extensão, substitui definitivamente o regime de penalidades potencialmente

⁴⁵⁵ CORRADINI, Luiz Eduardo Malta; RODRIGUES, Augusto César. Aspectos Societários da Lei Anticorrupção: aquisições de participações e operações societárias, questões clássicas e due diligence anticorrupção. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira (org.). *Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 15.

⁴⁵⁶ BENINI, Eduardo, op. cit., p. 121.

⁴⁵⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Compliance em operações de fusão e aquisição (m&a): intercorrências e inferências a partir dos acordos de leniência no Brasil*. Disponível em:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282044/mod_resource/content/0/COMPLIANCE%20EM%20OPERACAO%20DE%20FUSAO%20E%20AQUISICAO%2028pdf%29.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

aplicáveis aos atos ilícitos praticados. Assim como afasta a penalidade ordinária à pessoa jurídica que praticou o ato ilícito, o acordo de leniência também poderá eventualmente afastar a responsabilidade da companhia adquirente em caso de uma operação de M&A.

E prosseguem os autores:

Inclusive, é possível que o acordo de leniência estabeleça imunidade à companhia adquirente, ou seja, que discipline a incomunicabilidade absoluta das responsabilidades apuradas sobre os atos ilícitos materializados no ajuste, mantendo-as com a companhia vendedora, que celebrou o acordo de leniência [...] O acordo de leniência poderá vedar a possibilidade de trespasse dessa responsabilidade aos adquirentes, sendo que, inclusive, eventualmente, poderá ser previsto que tal responsabilidade não acompanhará a própria companhia adquirida.

É possível, portanto, que o acordo de leniência estabeleça imunidade à companhia adquirente, blindando-a plenamente, mantendo as sanções e penalidades relativas a atos de corrupção com a companhia vendedora, que celebrou a leniência. Ou seja, a leniência poderá vedar a possibilidade de trespasse da responsabilidade aos adquirentes, representando proteção aos adquirentes de boa-fé. Tal medida encontra justificativa, inclusive, na eficiência econômica, pois permite a circulação do ativo/negócio ao agente econômico que lhe atribua maior valor.

Esse conceito foi recentemente testado no acordo de leniência celebrado em 5 de junho de 2017 entre a J&F Investimentos S.A. e o Ministério Público Federal⁴⁵⁸. Tal acordo, em sua Cláusula 28, prevê a incomunicabilidade de responsabilidades em caso de alienação de ativos societários, nos seguintes termos:

Cláusula 28. Em caso de alienação de ativos pelo grupo econômico da COLABORADORA, incluindo bens, participações societárias ou cessões de posições contratuais, em condições compatíveis com o valor de mercado ou, quando indisponível, com o valor econômico do ativo, o Ministério Público Federal e o membro do Ministério Público aderente prestará, mediante solicitação da COLABORADORA, declarações a terceiros, formalizando o seu compromisso de não propor medidas indenizatórias ou sancionatórias contra os adquirentes dos ativos, pelos fatos ilícitos de qualquer natureza porventura constantes dos anexos.

A mesma cláusula foi utilizada no acordo de leniência celebrado em 1º de dezembro de 2016 entre a Odebrecht S.A. e o Ministério Público Federal.

Trata-se de blindagem patrimonial que viabiliza a venda dos ativos dos colaboradores apenas (até mesmo para que possam pagar as multas e obrigações assumidas em suas

⁴⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Acordo de Leniência com a J&F Investimentos S/A, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>. Acesso em: 11 out. 2018.

leniências), pois assegura aos adquirentes de boa-fé a impossibilidade de serem demandados pelo pagamento de indenizações ou multas decorrentes de práticas irregulares das companhias adquiridas ou seus controladores. Essa margem de discricionariedade parece plenamente válida e legítima, dentro dos limites de consensualidade dos acordos administrativos em geral⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Conforme OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho, *Compliance em Operações de Fusão e Aquisição (M&A): intercorrências e inferências a partir dos acordos de leniência no Brasil*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282044/mod_resource/content/0/COMPLIANCE%20EM%20OPERAC%C3%87%C3%95ES%20DE%20FUS%C3%83O%20E%20AQUISI%C3%87%C3%83O%20%28pdf%29.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

6 LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E AS EMPRESAS EM CRISE

Governantes ambiciosos quebram as leis, desrespeitam os regimentos, estragam a Justiça e destroem o Estado (Pe. Antônio Freyre)⁴⁶⁰

Nesse capítulo, analisaremos pontos de interação e possíveis conflitos entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas. Inicialmente, cabe destacar que cada um desses diplomas legais constitui sistemas normativos com princípios próprios que, não obstante, precisam conviver de forma harmoniosa.

A edição da Lei de Recuperação de Empresas, em 2005, representou uma verdadeira mudança de paradigma no tratamento da empresa em crise, abandonando a simples preocupação da legislação anterior de liquidação dos ativos do devedor e, com isso, criando mecanismos efetivos para viabilizar a superação da crise empresarial das sociedades economicamente viáveis⁴⁶¹. As novas regras de reestruturação, exatamente por isso, estão organizadas (nos termos do art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas) em função da “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

A Lei Anticorrupção Brasileira, por seu turno, também representa uma ruptura em relação ao sistema anteriormente vigente, desde sua introdução, em 2013, tendo sido bastante influenciada por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e, ainda, por iniciativas de outras jurisdições. Como visto, criaram-se regras objetivas e duras de responsabilização das empresas corruptoras, colocando a punição econômica e as sociedades no centro da repressão aos atos de corrupção (como já enunciado em seu art. 1º).

Numa primeira análise, poder-se-ia argumentar que o princípio norteador da Lei de Recuperação de Empresas (preservação da empresa em crise financeira) colide com o

⁴⁶⁰ FREYRE, Pe. M. Fr. Fr. *Primor e honra da vida soldadesca do estado da Índia*. Lisboa: Jorge Rodrigues, 1630 in ROMEIRO, Adriana. A corrupção na época moderna. Revista Tempo, vol. 21, nº 38. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/tem/v21n38/1413-7704-tem-21-38-00216.pdf>. Acesso em 16/8/2020.

⁴⁶¹ NEDER CERZETTI, Sheila Christina. *A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 79-81

princípio norteador da Lei Anticorrupção Brasileira (punir a empresa corrupta e dissolvê-la forçosamente, se preciso for). SOUZA, ZOCAL e CARVALHO sugerem que “estamos diante de racionalidades, em certa medida, antagônicas: diante das severas e abrangentes punições da LAC, a preservação da empresa e de sua atividade produtiva, centrais na LRE, podem ser colocadas em risco”⁴⁶². E note-se que, na enumeração do art. 7º da Lei Anticorrupção Brasileira (quesitos que serão levados em consideração na aplicação das sanções), não há qualquer menção a respeito da viabilidade da empresa e do impacto que a punição pode ter em sua subsistência.

No entanto esse conflito é apenas aparente e a conciliação dos dois diplomas pode ser alcançada diferenciando-se empresa, estabelecimento, controle e administração. A Lei de Recuperação de Empresas tem a intenção de preservar a empresa (enquanto conjunto de fatores de produção organizados para a atividade empresária, ou o “*business*” no jargão inglês), e não a sociedade ou seu controlador. Há interesse na preservação da empresa como atividade, mesmo nos casos de falência do sujeito⁴⁶³, sendo necessário “dissociar a ruína da empresa da ruína do empresário, [...] permitindo que a primeira sobreviva ao último”⁴⁶⁴. Portanto o segredo da convivência harmoniosa entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas consiste em identificar formas economicamente e socialmente adequadas de apenamento do *sujeito* a ser punido, preservando a fonte produtiva, porquanto, ao seguir desenvolvendo suas atividades, a empresa poderá adimplir eventuais dívidas com a Administração Pública de forma ainda mais eficiente.

A superação da crise econômico-financeira é o grande objetivo da Lei de Recuperação de Empresas e esse objetivo pode ser compatibilizado com os objetivos da Lei Anticorrupção Brasileira: proteger o patrimônio da Administração Pública, a moralidade dos negócios e a integridade corporativa.

6.1 A EMPRESA E O EMPRESÁRIO PERANTE A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

⁴⁶² SOUZA, Ana Elisa Laquimia; ZOCAL, Raul Longo; CARVALHO, Pedro Schilling. A inevitável convivência entre a lei de recuperação de empresas e a lei anticorrupção: possíveis conflitos e primeiras linhas de interpretação. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol. 10/2018, p. 3, out.-dez. 2018.

⁴⁶³ SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

⁴⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

Para a correta aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, tem que se ter em mente, em primeiro lugar, a estrutura do capitalismo brasileiro e a existência dos grandes grupos empresariais e, além disso, a distinção entre a empresa, o empresário e a sociedade empresária, pois, a nosso ver, o sistema de sistema de combate à corrupção deve se preocupar com a preservação da empresa (não do empresário ou da sociedade empresária), com base nos princípios da função social da propriedade e da empresa, que são princípios constitucionais da nossa ordem econômica pátria. Afinal de contas, numa economia capitalista como a nossa, a empresa é fonte de riqueza, empregos, tributos e desenvolvimento econômico.

Destacamos, inicialmente, que o capitalismo brasileiro é marcadamente um “capitalismo de Estado”. O Estado, por meio da Administração Pública direta e indireta, por meio das empresas públicas, por meio dos seus fundos de pensão, por meio dos seus bancos de desenvolvimento e fomento, por meio das suas “*golden shares*”, domina a cena econômica. Ele é o grande contratante de obras, produtos e serviços, o grande provedor de financiamento e liquidez, o acionista controlador de empresas públicas e sociedades de economia mista, o poder concedente de serviços públicos, o acionista minoritário em diversos empreendimentos, o fomentador de campeões nacionais e o financiador de empreendimentos privados no exterior. A onipresença do Estado na economia resulta na formação de um “capitalismo de laços” havidos entre empresários e agentes públicos. Esses laços encontram solo fértil para a hipertrofia do Estado e para a proliferação da corrupção⁴⁶⁵. Conforme FARIA, “o modelo de capitalismo de laços é o caldeirão perfeito, portanto, para o surgimento da prática dos atos de corrupção nos moldes praticados atualmente”⁴⁶⁶.

Uma das consequências do capitalismo de laços é a concentração dos mercados em poucas empresas, aquelas escolhidas pelo Estado para serem suas parceiras, surgindo então gigantes conglomerados econômicos que movem a economia⁴⁶⁷. Conforme

⁴⁶⁵ CAVALLI, Cassio; FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação judicial de empresas e a lei anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴⁶⁶ FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação judicial de empresas e a lei anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 6.

⁴⁶⁷ O anuário “Valor – Grandes Grupos”, divulgado em dezembro de 2016, que consolida as informações referentes ao ano de 2015, apresenta a lista dos maiores grupos brasileiros em ordem de faturamento. Os primeiros colocados são: Petrobras, Bradesco, Banco do Brasil, Itaú Unibanco, J&F Investimentos, Caixa, Odebrecht, Santander, Ambev, Vale, Raízen, Ultra, GPA, Telefônica, Gerdau, Cosan, Oi, Eletrobras, Carrefour e Bunge. O faturamento bruto somado desses 20 grupos foi de R\$ 2,4 trilhões para o ano de 2015, ou seja, mais de 50% do faturamento total dos 200 maiores grupos.

CARVALHOSA, “essa forma de capitalismo se caracteriza como uma economia na qual o sucesso nos negócios depende das relações entre os empresários e os agentes públicos. Daí resulta o favoritismo para determinadas empresas que contratam serviços públicos e fornecimentos”⁴⁶⁸.

Por serem peças fundamentais para a economia, elas não podem ser feridas de morte sob pena de causar um impacto negativo no cenário econômico-social do país. Assim, a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira deve ser justa e moderada e bem coordenada com a aplicação da Lei de Recuperação de Empresas, nos casos em que as empresas apenas passem a encontrar dificuldades financeiras de sobrevivência. Conforme CAVALLI⁴⁶⁹, o desafio maior é o de conciliar preservação de empresas com a repressão à corrupção. O combate à corrupção, somado à crise econômica nacional dos últimos anos, ocasionou deterioração da situação financeira das empresas que foram frontalmente atingidas por denúncias, investigações, leniências e multas por atos de corrupção⁴⁷⁰.

Como a solução para a crise financeira das empresas (muitas vezes detonadas por multas e escândalos de corrupção) passa por estratégias de desinvestimento, principalmente por venda de UPIs⁴⁷¹, é importante que os adquirentes de UPIs não sejam responsabilizados por passivos anticorrupção dos alienantes corruptos e o aparente conflito entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas seja esclarecido, para que não haja sucessão de responsabilidades.

Assim, há interesse na preservação da empresa como atividade, mesmo nos casos de falência do sujeito⁴⁷², sendo necessário “dissociar a ruína da empresa da ruína do

⁴⁶⁸ CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 967, p. 13, 2016.

⁴⁶⁹ CAVALLI, Cassio; FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação judicial de empresas e a lei anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁴⁷⁰ Por exemplo, as seguintes empresas foram envolvidas nas investigações da CGU na Operação Lava Jato: Alumini Engenharia, Grupo Andrade Gutierrez, Grupo Schain, Grupo Camargo Corrêa, Ecovix, Fidens Engenharia, Galvão Engenharia, GDK, Inepar, Lupatech, Grupo Mendes Júnior, Grupo OAS, Grupo Promon, Grupo UTC, Grupo Odebrecht, Grupo Queiroz Galvão e Sete Brasil. Destas, apenas os grupos Promon, Camargo Correa e Andrade Gutierrez ainda não buscaram reestruturação por reestruturação por meio de RJ (embora tenham passado por renegociações de dívidas com seus credores).

⁴⁷¹ Apenas como exemplos de vendas de UPIs em Recuperação Judicial: Varig (TJRJ, processo nº 2005.001.072887-7), Parmalat (TJSP, processo nº 0015595.79-013.8.26.0100) e Casa e Vídeo (TJRJ, processo nº 2009001.032426-0).

⁴⁷² SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

empresário, [...] permitindo que a primeira sobreviva ao último”⁴⁷³. Portanto o segredo está em encontrar formas economicamente e socialmente adequadas de apenamento do sujeito corruptor (empresário), preservando a fonte produtiva (empresa), pois, ao seguir desenvolvendo suas atividades, a empresa poderá adimplir eventuais dívidas com a Administração Pública de forma ainda mais eficiente.

Conforme ASQUINI, o conceito de empresa reporta a um “fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”⁴⁷⁴. Tal autor enxergou a empresa, perante o Direito, sob quatro perfis: (i) perfil subjetivo, como sujeito de direito, identificando-a, portanto, com a figura do empresário; (ii) perfil corporativo ou institucional, como organismo envolvendo as relações jurídicas internas entre o empresário e seus colaboradores; (iii) perfil objetivo ou patrimonial, como objeto de direito, materializando-se pelo conjunto de bens nela reunidos e correspondendo à noção de estabelecimento comercial ou patrimônio especial do empresário; (iv) perfil funcional, como atividade profissional desenvolvida de forma organizada com finalidade de lucro⁴⁷⁵.

Assim como o Código Civil italiano, o Código Civil brasileiro não definiu a empresa, mas o empresário, isto é aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966), exceto quem “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (art. 966, § único).

Conceito diverso é o da sociedade (empresária ou não). A sociedade anônima, sociedade limitada ou outro tipo jurídico escolhido como veículo societário para agasalhar a atividade empresária nada mais é do que uma “técnica jurídica de organização da empresa”. Nas palavras de COMPARATO, “não há duas entidades, uma jurídica e outra econômica,

⁴⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes, *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

⁴⁷⁴ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, I, 1943, tradução de COMPARATO, Fábio K.. *Revista de Direito Mercantil*, 104, p. 109.

⁴⁷⁵ Também ilustrado em GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

mas um só fenômeno visto de dois ângulos diferentes”⁴⁷⁶.

Também diverso é o conceito de estabelecimento, enquanto “complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.142 do Código Civil). Isso inclui, conforme a doutrina⁴⁷⁷, os sinais distintivo e propriedade intelectual (nome comercial, marcas, patentes, *know-how*, desenhos industriais, obras científicas, literárias ou artísticas, *software* etc.), o ponto comercial, a clientela, e outros itens do aviamento ou “*goodwill*” (enquanto conjunto de fatores pessoais, materiais e imateriais que conferem ao estabelecimento a aptidão de produzir lucro).

Assim, para a correta aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, as diferentes perspectivas do conceito de empresa, empresário, sociedade e estabelecimento devem ser levadas em consideração. Enquanto sujeito ativo do ato ilícito e conseqüente responsabilização, devemos olhar a empresa pelo seu perfil subjetivo (o empresário enquanto sujeito de direito que pratica o ato ilícito) e, assim, punir o empresário e sua sociedade empresária. No entanto, na aplicação das penalidades devemos preservar, na medida do possível, a atividade empresarial (perfil funcional e patrimonial), assim atendendo ao princípio constitucional da função social da empresa na medida em que se protegem empregos, geração de tributos e riqueza econômica. Salvar e remediar a empresa, mas punir o empresário corrupto⁴⁷⁸.

É importante deixar claro que o combate à corrupção não é a causa da crise da empresa. As políticas anticorrupção são o remédio, e não a doença. Não foi o combate à corrupção que gerou a crise financeira da empresa, mas na verdade o artificialismo resultante da prática de atos de corrupção como elemento integrante do modelo de negócios. Os balanços que antes indicavam receitas substancialmente altas estavam, na verdade, inflados e distorcidos por propinas e negócios ilicitamente obtidos, transmitindo a falsa ilusão de solidez financeira e lucratividade. Ou seja, o suposto resultado positivo divulgado pela empresa em muitos casos era completamente distante de uma realidade empresarial

⁴⁷⁶ COMPARATO, Fabio K. *Aspectos Jurídicos da Macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 85.

⁴⁷⁷ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do Estabelecimento Comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 158.

⁴⁷⁸ Conforme COELHO, Fabio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40: “Na locução identificadora do princípio, ‘empresa’ é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (empresário) nem com o lugar em que é explorada (estabelecimento empresarial). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento”.

desenvolvida com respeito à competição saudável. Descoberta a real situação financeira e a prática ilegal de atos de corrupção pela empresa, as fontes de financiamento secam, as multas se avolumam, os entes lesados buscam reparação, os acionistas retiram seus investimentos, e assim por diante numa relação em cascata. Vê-se que a empresa não era sustentável, seu modelo de negócios não se manteria de pé em situação de estrito cumprimento das leis. Não foi, portanto, o combate à corrupção que causou a crise financeira da empresa; esse combate teria apenas revelado uma situação que seria intrinsecamente insustentável.

6.2 RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE DE UPI

Neste capítulo, pretendemos avaliar se haveria, ou não, a sucessão de dívidas e obrigações de pagamento oriundas de ilícitos da Lei Anticorrupção Brasileira no âmbito de eventuais alienações de empresas, estabelecimentos ou unidades produtivas isoladas em processo de recuperação judicial, como meio de recuperação de empresas.

Normalmente, como solução para a crise financeira das empresas, os planos de recuperação contemplam estratégias de desinvestimento, principalmente por venda de UPIs (por exemplo, casos da Varig, Parmalat e Video Lar)⁴⁷⁹. Para que isso ocorra, é importante que os adquirentes de UPIs não sejam responsabilizados por passivos anticorrupção dos alienantes corruptos.

Como visto acima, o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que subsiste a responsabilidade das pessoas jurídicas em casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Ocorre que diversas dessas operações societárias são implementadas no contexto de venda de ativos ou negócios em processos de recuperação judicial. Como proceder então?

O art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira aparentemente conflita com o art. 60, § único, da Lei de Recuperação de Empresas, que assim dispõe:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação *estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor*, inclusive as de natureza

⁴⁷⁹ Varig (TJRJ, processo nº 2005.001.072887-7), Parmalat (TJSP, processo nº 0015595.79-013.8.26.0100) e Casa e Vídeo (TJRJ, processo nº 2009001.032426-0).

tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei. (grifo nosso)

Se por um lado existe o interesse legítimo da Administração Pública de garantir a persecução das multas e ressarcimento de danos no contexto da Lei Anticorrupção Brasileira, por outro também é importante frisar que, na prática, a alienação de ativos e estabelecimentos de empresas em crise econômico-financeira, nos termos do art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas, tem se mostrado o principal instrumento de recuperação de empresas, mas para isso é necessária que exista segurança jurídica para o arrematante.

FARIA⁴⁸⁰ aponta para o fato de que, desde a promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira, o volume de alienações de UPIs em planos de recuperação judicial de empresas envolvidas em corrupção caiu vertiginosamente, e isso provavelmente se deve ao fato de que a Lei Anticorrupção Brasileira criou incertezas quanto à sucessão de obrigações e correta avaliação dos passivos advindos dos alienantes que celebraram leniências.

Em momento de dificuldade, a empresa necessita de capital para dar andamento em suas atividades normais ou mesmo para que possa se reinventar rumo à superação da crise. Ciente dessa necessidade, a Lei de Recuperação de Empresas prevê algumas alternativas, como o extenso rol exemplificativo de meios de recuperação, entre eles a cisão, a incorporação, a fusão, a constituição de subsidiária integral, a alteração do controle societário, o trespasse do estabelecimento e a venda de bens.

Especialmente no que toca à alienação de ativos (art. 50, inc. VII), inovou a Lei de Recuperação de Empresas (bem como o art. 133 do Código Tributário Nacional, com as alterações da Lei Complementar nº 118/2005), ao tratar das chamadas “unidades produtivas isoladas”, popularizadas sob a sigla UPI, dando tratamento ao tema da sucessão de dívidas, excluindo a sucessão de qualquer natureza, incluindo a referente a débitos tributários, quando da alienação judicial de filial ou UPI em processo de recuperação judicial.

O principal chamariz da Lei de Recuperação de Empresas para atrair investidores em processos de recuperação judicial é a blindagem patrimonial contra “dívidas velhas” da recuperanda. Questiona-se: o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira convive harmoniosamente com o art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas?

⁴⁸⁰FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação judicial de empresas e a lei anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15.

Pelas regras tradicionais de resolução de conflito de leis, normalmente se aplicam os conceitos de tempo (lei posterior prevalece sobre lei anterior, ou “*lex posterior derogat legi priori*”), hierarquia (lei de hierarquia maior prevalece sobre lei de hierarquia inferior) e especificidade (lei com regras específicas prevalece sobre lei com regras gerais).

Pelo critério de tempo, teríamos que o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira (promulgada em 2013, mais recente) prevaleceria sobre o art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas (promulgada em 2005, mais antiga). Porém, pelo art. 2º, § 2º, da LINDB, a Lei Anticorrupção Brasileira, embora posterior, não revogou necessariamente a Lei de Recuperação de Empresas.

Pelo critério de hierarquia, ambas são leis ordinárias.

Pelo critério da especificidade, tem-se que o art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas trata da sucessão de dívidas e obrigações em geral, ao passo que o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira trata especificamente da sucessão de multa administrativa e da obrigação de reparar o dano oriundo de ilícito contra a Administração Pública. Em relação à especificidade, as leis não são gerais ou específicas em si mesmas; a especificidade deve ser verificada na comparação de uma norma com outra no seu âmbito de aplicação. É possível afirmar que a Lei Anticorrupção Brasileira é específica no que tange ao combate à corrupção, mas a Lei de Recuperação de Empresas parece ser específica no que tange à sucessão de obrigações na alienação de UPIs efetuadas em processos de recuperação judicial. Conforme FARIA: “No que toca à sucessão de obrigações na alienação das UPIs constituídas em processos de recuperação judicial, no entanto, a LAC é mais geral do que a LRF, motivo pelo qual essa segunda deve prevalecer sobre a primeira nesse aspecto”⁴⁸¹.

Parece-nos importante, de toda forma, fazer uma interpretação dos princípios norteadores de ambos os diplomas, de modo a resolver esse conflito aparente com base em interpretação teleológica. A Lei de Recuperação de Empresas tem por norte permitir a sobrevivência da recuperanda e dessa forma atender a função social da empresa, preservando empregos e receita tributária e protegendo credores. A Lei Anticorrupção Brasileira tem por objetivo proteger o patrimônio público e a integridade das contratações com a Administração.

⁴⁸¹ FARIA, Mauro Teixeira de, op. cit., p. 162.

Dado o propósito último de se preservar a empresa do art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas, eventual decisão em contrário poderia maltratar o princípio da proporcionalidade e o art. 8º do Código de Processo Civil, que determina que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, além de observar a proporcionalidade.

Já existe alguma clareza sobre a prevalência do princípio da função social da empresa por meio da recuperação judicial sobre outros princípios do nosso ordenamento. Por exemplo, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de não permitir a sucessão de dívidas trabalhistas e tributárias a arrematantes de estabelecimentos em processos de recuperação judicial. O STF já reconheceu a primazia da Lei de Recuperação de Empresas ao reconhecer a constitucionalidade do seu art. 60, § único, e art. 141, inc. II, afastando a reponsabilidade do adquirente por dívidas trabalhistas da recuperanda e da falida⁴⁸².

De forma similar, no caso da Varig, o Tribunal Superior do Trabalho se recusou a estender a responsabilidade das dívidas trabalhistas ao novo estabelecimento adquirido⁴⁸³.

Analisando o tema, BORGES FILHO e LEVY concluem:

Portanto, diante desse aspecto econômico social, não há como se afastar a regra de proteção do art. 60 da LRE para admitir a sucessão de terceiros adquirentes em dívidas decorrentes da LAC [Lei Anticorrupção Brasileira] [...] Conclui-se ser essencial que a aplicação da LAC não afete esse círculo virtuoso no processo concursal, mantendo a segurança jurídica em favor dos terceiros investidores adquirentes de ativos.⁴⁸⁴

Além disso, vale lembrar que a venda do art. 60 em sede de recuperação judicial depende de aprovação em Assembleia Geral de Credores, que por sua vez impõe a intimação do Ministério Público e a homologação pelo Juízo recuperacional, o que permite que a sucessão não se torne um simples subterfúgio para evitar penalidades da Lei Anticorrupção Brasileira.

No entanto, o art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas somente protege a venda de filiais ou unidades produtivas isoladas, mas não a empresa como um todo, como *core*

⁴⁸² STF, ADIN nº 3.934-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4/6/2009, publicado em 6/11/2009.

⁴⁸³ 8ª T., RR nº 65200-17.2007.5.02.0037, Rel. Min. Márcio Eurico Vital Amaro, j. 14/3/2012, publicado em 16/3/2012.

⁴⁸⁴ BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade. A sucessão das dívidas resultantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) na recuperação judicial. *Revista do Advogado* – Direito das Empresas em Crise, ano XXXVI, nº 131, AASP, p. 49, out. 2016.

business. Conforme LOBO⁴⁸⁵, “se a alienação não tiver sido do estabelecimento, mas de empresa, de seu *core business*, há sucessão universal e deve-se aplicar, quando se tratar de obrigações e dívidas em geral, o regime instituído pelo art. 1.146 do Código Civil; quando versar sobre obrigações tributárias, o art. 133 do CTN, e sobre obrigações trabalhistas, os arts, 10 e 448 da CLT”. E nós completamos: quando se tratar de atos ilícitos contra a Administração Pública no caso de alienação integral da empresa, aplica-se o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira.

Vale lembrar também que o *caput* do art. 50 da Lei de Recuperação de Empresas impõe o dever de se observar a “legislação pertinente a cada caso”, devendo, por isso, ser respeitada a regra de sucessão da responsabilidade assentada na Lei Anticorrupção Brasileira.

Particularmente a falta de sucessão de débitos tributários e trabalhistas – hoje mais pacífica na doutrina – foi muito discutida, mas se expandiu desde o julgamento de constitucionalidade do art. 60 da LRE no STF⁴⁸⁶, especificamente quanto aos débitos fiscais, com a inclusão do art. 133, § 1º, II, do Código Tributário Nacional.

A Lei Complementar 118 de 2005 alterou diversos dispositivos do CTN para recepcionar expressamente a regra de não-sucessão de reponsabilidades para o adquirente de UPIs do devedor (art. 133, § 1º). A ADIN 3934/DF⁴⁸⁷ no STF deixou claro que não existe inconstitucionalidade entre art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas e o art. 448 da CLT, reforçando a ausência de sucessão, pelo adquirente de UPIs, por passivos trabalhistas anteriores à aquisição.

Uma segunda tendência interpretativa que se intensificou foi a de que, em qualquer hipótese, a competência para análise da existência de sucessão é do Juízo recuperacional, a despeito da natureza da obrigação. Tal compreensão tem respaldo na doutrina⁴⁸⁸ e nos tribunais⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ LOBO, Jorge; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239-240.

⁴⁸⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 3934-2, Rel. Min. Ricardo Enrique Lewandowski, j. 27.05.2009, v.m.

⁴⁸⁷ STF, Tribunal Pleno, ADI 3934-2, Rel. Min. Ricardo Enrique Lewandowski, j. 27.05.2009, v.m.

⁴⁸⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *A vis atractiva do Juízo da Vara Empresarial. Créditos trabalhistas. Sucessão da empresa em regime de recuperação. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 6, p. 873-894, dez. 2010.

⁴⁸⁹ Por exemplo: STJ, 2ª Seção, AgRg no CC 112.638, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.08.2011, v.u.

Fazemos também um esclarecimento importante sobre a correta extensão do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira a depender do tipo de negócio jurídico celebrado. É que existem duas formas principais de proceder a uma alienação de empresa ou UPI: um “*share deal*” (consistindo em operações societárias de incorporação, fusão ou cisão que importam na transferência das ações da empresa) e o “*asset deal*” (consistindo em aquisição de ativos operacionais ou estabelecimentos). O art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira somente estabelece regras de sucessão com relação aos “*share deals*”, que pode causar um conflito aparente com o art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas (conflito esse que pode ser dissolvido por hermenêutica jurídica e interpretação sistêmica, conforme visto). No entanto, não há dúvidas de conflito com relação aos “*asset deals*”, restando clara, a nosso ver, a prevalência do art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas, não havendo responsabilidade por sucessão na venda de UPIs estruturadas no formato de alienação ativos ou estabelecimentos, por não haver incidência do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira⁴⁹⁰.

Em sede de conclusão deste tópico, alinhamo-nos à posição de SOUZA, ZOCAL e CARVALHO, por assim entenderem:

Razoável considerar que a responsabilização administrativa e civil da LAC não se transmite ao adquirente da UPI, até para que as punições não afetem os incentivos econômicos para que o “meio” de exploração da atividade produtiva seja preservado. Assim, trata-se de hipótese especial de sucessão, inexistindo contrariedade ao disposto no art. 4º da LAC. Ademais, com fundamento nas tendências jurisprudenciais, seguro afirmar que a competência para essa apreciação será do Juízo da recuperação.⁴⁹¹

Correta também a interpretação de FARIA:

Pôde-se concluir que as regras de sucessão previstas na LRF, sobretudo as atinentes aos *asset deals*, não podem ser postas de lado, inadvertida e genericamente, por regras específicas aplicáveis às hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Posição compartilhada por FARIA, Mauro Teixeira de, op. cit.

⁴⁹¹ SOUZA, Ana Elisa Laquimia; ZOCAL, Raul Longo; CARVALHO, Pedro Schilling. A inevitável convivência entre a lei de recuperação de empresas e a lei anticorrupção: possíveis conflitos e primeiras linhas de interpretação. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol. 10/2018, p. 3, out.-dez. 2018.

⁴⁹² FARIA, Mauro Teixeira de, op. cit., p. 125.

Na mesma orientação, LOBO⁴⁹³, TEDESCHI⁴⁹⁴, AYOUB⁴⁹⁵ e MUNHOZ⁴⁹⁶. Nas palavras de BORGES FILHO e LEVY: “diante desse aspecto econômico-social, não há como afastar a regra de proteção do art. 60 da LRE para admitir a sucessão de terceiros adquirentes em dívidas decorrentes da LAC”⁴⁹⁷.

Em linha com tudo quanto anteriormente exposto, em 2019 foi aprovado, pelo plenário, o Enunciado 104 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal nos seguintes termos: “Não haverá sucessão do adquirente de ativos em relação a penalidades aplicadas ao devedor com base na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), quando a alienação ocorrer com fundamento no art. 60 da Lei nº 11.101/2015”⁴⁹⁸.

6.3 CLASSIFICAÇÃO DAS MULTAS E RESSARCIMENTOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A sociedade corruptora possui duas grandes fontes de passivo decorrentes da Lei Anticorrupção Brasileira: as multas devidas em virtude de condenação ou assinatura de acordo de leniência (art. 6º) e a responsabilização civil pleiteada na esfera judicial (art. 19). Em ambos os casos, tanto as multas administrativas quanto as obrigações de indenização comportam elevada controvérsia: estão elas sujeitas ao procedimento concursal, ou estariam elas abrangidas pelo conceito de “créditos de natureza fiscal”, previsto no art. 6º, § 7º, da Lei de Recuperação de Empresas, e sujeitas a um regime jurídico particular?

Por um lado, alguns autores interpretam que a expressão “créditos de natureza fiscal” significa quaisquer créditos passíveis de execução fiscal, que seriam os créditos detidos pela Fazenda Pública, devidos e não pagos, inscritos em dívida ativa, compreendendo “créditos de natureza tributária ou não tributária”, nos termos do art. 2º da

⁴⁹³ LOBO, Jorge. Reponsabilidade por obrigações e dívidas da sociedade empresária na recuperação extrajudicial e na falência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 144, p. 138-145, 2006.

⁴⁹⁴ TEDESCHI, Sérgio Henrique. *Contrato de trespasse de estabelecimento empresarial e sua efetividade social*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85

⁴⁹⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 416.

⁴⁹⁶ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio (org.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 275.

⁴⁹⁷ BORGES FILHO, Daltro de Campos; LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 49.

⁴⁹⁸ Embora os juízes não estejam obrigados a seguir os Enunciados das Jornadas, que não têm qualquer caráter vinculante, trata-se de forte elemento de convicção, na medida em que representa o consenso da doutrina e dos operadores do Direito acerca dos temas por eles estudados.

Lei nº 6.380/1980 (“Lei de Execução Fiscal”). Conforme defende ULHOA COELHO⁴⁹⁹, as multas administrativas da Lei Anticorrupção Brasileira detidas pela Fazenda Pública, passíveis de inscrição em dívida ativa e de execução fiscal, não estariam sujeitas ao procedimento de recuperação judicial e não poderiam ser reestruturadas. Na Recuperação Judicial da Libra Terminais e Logística S.A. (Processo nº 1077065-21.2018.8.26.0100, TJSP, 2ª Vara e Falências e Recuperações Judiciais), o Juiz entendeu que o crédito da Codesp perante a Libra decorrente de contratos de arrendamento de terminais portuários configuraria dívida ativa não tributária, e tal modalidade de dívida poderia ser exigida por meio de ação de execução fiscal, gozando dos mesmos privilégios dos créditos tributários, com a consequência de que tal crédito não estaria sujeito à recuperação judicial e deveria ser excluído da relação de credores.

Essa também foi a postura do Grupo Odebrecht no seu pedido de recuperação judicial protocolado em 17 de junho de 2019, em que consta o crédito de R\$ 3 bilhões detido pelo Ministério Público, AGU, CGU e outros, decorrente do acordo de leniência, como “crédito extra-concursal” (classificado como “multa”, e não “tributo”)⁵⁰⁰.

Mas essa não é a interpretação dominante. Recentemente, na recuperação judicial requerida pelo Grupo Oi, discutiu-se a sujeição ou não das multas administrativas de R\$ 11 bilhões impostas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) ao plano de recuperação.

Os pareceres⁵⁰¹ trazidos pela Oi S.A. defendem que apenas os créditos tributários seriam extraconcursais, pois são fonte de arrecadação do Estado, essencial para a manutenção de suas atividades e do bem-estar social, beneficiando o interesse público como um todo. Isso, portanto, justificaria que tais créditos sejam dotados de certos privilégios. Somente nesta ótica a arrecadação do Estado e a consequente promoção do bem-estar social poderiam prevalecer à preservação da empresa ou à proteção dos interesses dos credores.

⁴⁹⁹ ULHOA COELHO, Fábio. *Acordo de leniência e a recuperação judicial da corruptora*. 10. ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 295-305.

⁵⁰⁰ Nos bastidores, especula-se que a Odebrecht teria excluído a multa da leniência dos efeitos do plano de recuperação judicial apenas para mostrar boa-fé, na tentativa de renegociar amigavelmente a leniência com o Ministério Público, a AGU e a CGU, visando ao prolongamento do prazo para pagamento das multas. Ver: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/em-recuperacao-odebrecht-quer-renegociar-leniencia.shtml>. Acesso em: 19 jun. 2019.

⁵⁰¹ De acordo com pareceres assinados por Eduardo Ribeiro de Oliveira (fls. 174-194), Eduardo Maniera (fls. 195-228), e Ellen Gracie Northfleet (fls. 229-256), TJRJ, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0043065-84.2016.8.19.0001, rel. Des. Mônica Maria Costa, j. 29.08.2017, v.u.

De outra forma, os créditos de natureza não tributária, como multas administrativas (a exemplo da multa administrativa da ANATEL), não gozariam das mesmas prerrogativas, pois sua função é focada na punição e repreensão de agentes por conduta indevida (propósitos esses que não deveriam prevalecer sobre o princípio da preservação e recuperação da empresa em crise da Lei de Recuperação de Empresas).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou esse entendimento e manteve a ANATEL entre os credores quirografários na reorganização judicial do Grupo Oi, sem preferência ou prioridade legal. Essa decisão foi posteriormente confirmada pela Corte Especial do STJ⁵⁰².

Nessa linha, a jurisprudência entende que as multas administrativas (inclusive multas de natureza tributária) estariam sujeitas ao procedimento de recuperação judicial. Há inúmeros precedentes⁵⁰³ envolvendo multas administrativas de diferentes naturezas, de titularidade da Fazenda Pública e inscritas em dívida ativa, nos quais o Poder Judiciário entendeu pela inaplicabilidade do art. 6º, § 7º, da Lei de Recuperação de Empresas e pela consequente sujeição de tais créditos ao concurso de credores.

Como as multas da Lei Anticorrupção Brasileira não têm o propósito arrecadatório de financiar a atividade essencial do Estado, elas devem manter a mesma “natureza” que as demais multas sancionatórias aplicadas pela Fazenda Pública, notadamente no que diz respeito à sua classificação no direito falimentar.

Por fim, cabe mencionar que as ponderações feitas acima também se aplicam à outra possibilidade de desembolso decorrente da Lei Anticorrupção Brasileira: a reparação civil

⁵⁰² Suspensão de Liminar e de Sentença (SLS) nº 2433/RJ (2018/0292432-6), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23/10/2019. Decisão de origem: Juízo da Sétima Vara Empresarial, Recuperação Judicial do Grupo Oi (processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001).

⁵⁰³ Nesse sentido, decisões trazidas em SOUZA, Ana Elisa Laquimia; ZOCAL, Raul Longo; CARVALHO, Pedro Schilling, op. cit.: (i) em relação a multas administrativas derivadas de condenações trabalhistas: TRT-1, 4ª Turma, Agravo de Petição 0002591-53.2013.5.01.0283, Rel. Des. Bruno Losada Albuquerque Lopes, j. 29.07.2014, v.u.; TRT-1, 10ª Turma, Agravo de Petição 2802920125010282, Rel. Des. Ângelo Galvão Zamorano, j. 25.09.2013, v.u.; TRT-4, Agravo de Petição. 0001362-64.2011.5.04.0018, Rel. Des. Rejane Souza Pedra, j. 19.03.2013, v.u.; (ii) multa tributária considerada concursal em procedimento de recuperação judicial: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 2047000-40.2015.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 17.02.2016, v.u.; (iii) multa administrativa aplicada pela prefeitura municipal, considerada concursal em procedimento de recuperação judicial: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 2073639-95.2015.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 26/08/2015, v.u.; TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 2038662-48.2013.8.26.000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 20.02.2014, v.u.; TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento 2069629-08.2015.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 26.08.2015, v.u.

pelos danos sofridos com a conduta ilícita. Tais créditos, quando pleiteados pela Fazenda Pública e decorrentes de responsabilização civil mediante procedimento judicial, também estarão sujeitos ao procedimento concursal⁵⁰⁴.

Assim, sempre que o acordo de leniência for assinado antes do deferimento da recuperação judicial, a Administração Pública será um credor sujeito aos efeitos da recuperação judicial tanto no que diz respeito à reparação civil dos prejuízos sofridos (posição consensual na doutrina), quanto no que diz respeito às multas administrativas de natureza sancionatória (posição dominante na doutrina). No entanto, quando o acordo de leniência for assinado depois do deferimento da recuperação judicial, os créditos da Administração Pública não estarão sujeitos ao plano de pagamento da recuperação judicial.

6.4 CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE LENIÊNCIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Já no curso do processo de recuperação judicial, a recuperanda poderá optar pela celebração de acordo de leniência com o Poder Público, decisão essa que poderá ser tomada antes ou após a aprovação do plano de recuperação da empresa. A celebração do acordo de leniência é de grande interesse dos credores, mas, mesmo assim, a decisão de firmar o acordo de leniência é independente da vontade dos credores (a menos que altere ou inviabilize plano de recuperação já aprovado). Sendo mantido o devedor na plena condução de seus negócios, apenas sob a fiscalização do administrador judicial, não há que se falar em qualquer participação, seja do Juízo da recuperação, seja do administrador judicial, na celebração de acordos de leniência.

No entanto, mesmo que a decisão da empresa de celebrar acordo de leniência independa da aprovação de credores, o evento deve ser levado ao conhecimento destes. Essa informação poderá produzir efeitos na formação da vontade do credor, ao avaliar a viabilidade do plano de recuperação judicial, e na deliberação sobre sua aprovação.

É possível, também, que a devedora inclua no seu plano de recuperação a *obrigação* de firmar leniências ou acordos com o Poder Público, ou adotar programas de conformidade e *compliance*, como condições para a sua reestruturação. Nesse caso, alguns óbices de

⁵⁰⁴ Nesse sentido, ULHOA COELHO, Fábio. *Acordo de leniência e a recuperação judicial da corruptora*, cit., p. 291-310. Apesar de defender a não sujeição de multas administrativas ao procedimento de recuperação judicial, o autor entende que créditos de natureza indenizatória devem estar sujeitos ao procedimento de recuperação judicial.

natureza recuperacional podem surgir: a sanção de perdimento de bens do ativo permanente deverá passar pelo crivo do Juízo recuperacional e do Comitê de Credores? Em caso de perdimento ou confisco de bem essencial pelas autoridades de combate à corrupção, deverá o Juiz se pronunciar sobre a essencialidade do bem para manutenção da atividade da empresa? MUNHOZ⁵⁰⁵ e SOUZA, ZOCAL e CARVALHO⁵⁰⁶ entendem que sim.

Ainda, o descumprimento do acordo de leniência ou sua posterior resolução motivada pelo Poder Público não acarretaria, de imediato, a convolação da recuperação judicial em falência (art. 73, inciso IV, da Lei de Recuperação de Empresas), salvo previsão específica nesse sentido no plano de recuperação.

6.5 O GRUPO ECONÔMICO NA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

A Lei de Recuperação de Empresas não tem um regramento específico quanto ao grupo econômico, construindo todo o sistema concursal com fundamento único e exclusivo na empresa individual. De fato, são enormes as problemáticas que surgem da ausência de um regramento específico dos grupos societários, em especial no bojo do direito falimentar e, mais especificamente, no que toca ao tema do processamento da recuperação em litisconsórcio e da consolidação substancial.

Da leitura do art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas, repise-se, denota-se que ela foi concebida sob o modelo empresarial clássico, da sociedade individualizada e com responsabilidade limitada, não tendo o fenômeno dos grupos de sociedades sido nela contemplado. Mas, a despeito da ausência de previsão legal nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência não se esquivaram de enfrentar o tema.

No âmbito de aplicação da Lei de Recuperação de Empresas, por exemplo, há intenso debate sobre o grupo econômico para fins da *consolidação processual* (a impetração conjunta, em um único procedimento, em litisconsórcio ativo, de recuperação judicial por mais de uma empresa integrante de um grupo de sociedades) e da *consolidação substancial* (a consolidação dos ativos e passivos de todo o grupo econômico para fins de estabelecer

⁵⁰⁵ MUNHOZ, Eduardo Secchi. Comentários ao artigo 66. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo, RT, 2007, p. 316.

⁵⁰⁶ SOUZA, Ana Elisa Laquimia; ZOCAL, Raul Longo; CARVALHO, Pedro Schilling, op. cit., p. 3.

um plano de pagamentos a todos os credores do grupo).

Sobre a consolidação processual, há na doutrina⁵⁰⁷ e na jurisprudência⁵⁰⁸ diversos posicionamentos favoráveis ao litisconsórcio. Esse posicionamento usualmente se funda nas vantagens que decorrem da admissão do litisconsórcio ativo entre as empresas pertencentes a um mesmo grupo, a saber, a nomeação de um único administrador, a maior eficiência na coleta de informações e na apuração dos créditos e a existência de um só prazo para a efetivação de importantes atos do processo de recuperação, tais como o deferimento do seu processamento, a apresentação de lista de credores e do plano e a realização de Assembleia Geral de Credores.

Mas há julgados⁵⁰⁹ que rejeitam essa pretensão das recuperandas e o fazem por uma série de fatores, como (i) a inexistência de um grupo societário, à luz da Lei das Sociedades Anônimas; (ii) o fato de as empresas se situarem em Comarcas distintas, o que poderia trazer imensos prejuízos àqueles credores sem qualquer poderio econômico, como o caso dos trabalhistas e daqueles integrantes da classe IV, por exemplo; (iii) pela circunstância de as empresas desempenharem atividades completamente distintas; (iv) pelo fato de uma delas ter já encerrado suas atividades.

Mas é na consolidação substancial que encontramos terreno fértil para a analogia com a Lei Anticorrupção Brasileira.

O instituto da consolidação substancial foi concebido pela jurisprudência norte-

⁵⁰⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48; COSTA, Ricardo Brito. Recuperação judicial: é possível o litisconsórcio ativo? *Revista do Advogado, Recuperação Judicial: temas polêmicos*, São Paulo, ano XXIX, n. 105, set. 2009; VALLADÃO A. N. F. Erasmo; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 336-357.

⁵⁰⁸ Nesse sentido: (i) Agravo de Instrumento 2183899-79.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Ênio Zuliani, j. 29.04.2015; (ii) Agravo de Instrumento 0110158-74.2013.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. José Reynaldo, j. 10.04.2015; (iii) Agravo de Instrumento 2178366-42.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. 09.12.2014; (iv) Agravo de Instrumento 0134168-85.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 07.11.2013; (v) Agravo de Instrumento 990.10.007217-0, Extinta Câmara de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Elliot Akel, j. 23.11.2010.

⁵⁰⁹ TJSP, Agravo de Instrumento 645.330-4/4-00, Câmara de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Pereira Calças, j. 15.09.2009; TJMG, Agravo de Instrumento 1.0518.13.017062-5/001, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Ana Paula Caixeta, j. 15.05.2014; TJPR, Agravo de Instrumento 1.098.412-0, 17ª Câmara Cível, rel. Des. Lauri Caetano Da Silva, j. 26.03.2014; TJRJ, Agravo de Instrumento 0026062-24.2013.8.19.0000, 21ª Câmara Cível, rel. Des. Denise Levy Tredler, j. 11.06.2013.

americana⁵¹⁰, visando a lidar com a questão dos grupos societários no âmbito do processo de *reorganization* e consiste em se tomar, no âmbito de um procedimento concursal, as sociedades que compõem o grupo econômico como se fossem uma só, consolidando-se seus ativos e passivos e apresentando uma solução global de superação da crise econômico-financeira aos credores das diferentes sociedades que integram o conglomerado.

No Brasil, há entendimentos e julgados em ambos os sentidos, permitindo e recusando a consolidação substancial. Além do dissenso, há também confusão sobre os conceitos de consolidação processual e substancial, o que torna ainda mais dificultosa a sistematização do tema. TOLEDO⁵¹¹, muito embora entenda admissível a adoção de um plano único, consigna que ele deve “respeitar a individualidade de cada integrante do grupo” e conclui: “[...] não há motivo algum para desconsiderar-se a personalidade jurídica delas, até porque o plano, especialmente quando se tratar de grupo de fato, não pode conter confusão patrimonial. O respeito à individualidade das componentes do grupo implica a não-subordinação delas ao comando unitário da controladora e, via de consequência, veda que elas assumam obrigações de outras sociedades. Cada uma deve ocupar-se de seus próprios credores. Inexiste, *in casu*, solidariedade passiva”.

Há, também, julgados⁵¹² que entendem que a existência de um grupo de fato não pode implicar, de *per se*, a extinção da autonomia jurídica de cada uma das sociedades que integram o conglomerado, inclusive porque essa autonomia serve como mecanismo de proteção aos credores individuais de cada uma das empresas.

Nos casos em que se admite a consolidação substancial, costuma-se alegar: (i) risco de que, rejeitado o plano de uma das recuperandas, seja decretada a sua falência e estendidos

⁵¹⁰ Não havendo disposição expressa no Bankruptcy Code que autorize a consolidação substantiva, valem-se os tribunais americanos do disposto no § 105 (a) de referido diploma para deferi-la. *In verbis*: “(a) The court may issue any order, process, or judgment that is necessary or appropriate to carry out the provisions of this title”. Ou seja, a aplicação do instituto depende de um juízo de equidade do magistrado. A doutrina menciona que a possibilidade de os juízes decidirem equitativamente no âmbito de processos concursais foi primeiramente admitida no caso *Pepper v. Litton*, em que a Suprema Corte Americana decidiu que a equidade é inerente aos procedimentos concursais. Após esse julgado, na década de 1940, a Suprema Corte conferiu tácita aprovação à consolidação substantiva no caso *Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp* e desde então a jurisprudência foi consolidando o instituto (cf. AMERA, Seth D.; KOLOD, Alan. *Substantive consolidation: getting back to basics*. *ABILaw Review*, vol. 14:1, 2006).

⁵¹¹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Recuperação judicial de grupo de empresas*. In: VALLADÃO A. N. F.; Erasmo; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (coord.). *Temas de direito empresarial em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães*. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵¹² Por exemplo, STJ, AgRg na MC 20.733/GO, rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., j. 07.10.2014, *DJe* 21.10.2014; (ii) TJRJ, Agravo de Instrumento 0026062-24.2013.8.19.0000, 21ª Câmara Cível, rel. Des. Denise Levy Tredler, j. 11.06.2013.

os seus efeitos para as demais empresas do grupo⁵¹³; (ii) existência de confusão patrimonial, que autorizaria a aplicação dos requisitos dispostos no art. 50 do Código Civil; (iv) aspectos procedimentais, como a dificuldade de se apresentarem planos separados e se realizarem Assembleias apartadas⁵¹⁴, ou a aplicação da teoria do fato consumado; (iii) utilização de critérios outros, ainda que atécnicos, como a existência de elementos comuns – *v.g.*, mesmos sócios pessoas-físicas, identidade de endereços, dependência financeira⁵¹⁵ – ou mesmo a invocação do princípio da preservação da empresa, disposto no art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas⁵¹⁶.

Quais lições a doutrina e a jurisprudência sobre grupos econômicos na Lei de Recuperação de Empresas deixam para a Lei Anticorrupção Brasileira, em especial seu art. 4º, § 2º?

Em primeiro lugar, a aplicação dos efeitos da Lei Anticorrupção Brasileira ao grupo econômico não deve ser automática. Em especial, diferentemente do que estabelece o art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, as multas e penalidades não devem ser estendidas, de forma solidária, às empresas integrantes do grupo econômico, sejam elas controladas, controladoras, coligadas ou consorciadas. Da mesma forma, o conjunto de empresas que celebrarão acordos de leniência, ou sofrerão seus efeitos, deve ser analisado caso-a-caso, a depender de diversos fatores a serem sopesados pela autoridade administrativa (CGU), Ministério Público ou Juízo criminal. Entre esses fatores, destacamos: (i) o envolvimento direto ou indireto de tais entidades na prática dos atos ilícitos; (ii) o benefício direto por elas recebido decorrente da prática dos atos ilícitos de outras empresas do grupo; (iii) a eventual confusão patrimonial das empresas do grupo, que dificulte a verificação da integridade de cada patrimônio; (iv) a coincidência ou não dos acionistas e *stakeholders*; (v) a interdependência ou autonomia decisória de cada entidade e o conhecimento ou possibilidade de fiscalização cruzada entre seus dirigentes; (vi) o inter-relacionamento de

⁵¹³ TJSP, Agravo de Instrumento 2215135-49.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 25.03.2015.

⁵¹⁴ TJSP, Agravo de Instrumento 2215135-49.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 25.03.2015.

⁵¹⁵ TJSP, Agravo de Instrumento 2136068-35.2014.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Godoy, j. 25.03.2015; TJSP, Agravo de Instrumento 2116130-54.2014.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Empresarial, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 13.11.2014; TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.188755-0, Câmara de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Romeu Ricupero, j. 19.10.2010.

⁵¹⁶ TJRJ, Agravo de Instrumento 0003950-90.2015.8.19.0000, 22ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva, j. 17.03.2015.

negócios entre as entidades.

Enfim, da mesma forma que a Lei de Recuperação de Empresas olha para os limites da crise financeira no grupo econômico para estender os efeitos de um plano de recuperação até onde for necessário para atingir o objetivo final de superar a crise financeira e preservar a empresa (como negócio, não como entidade), a Lei Anticorrupção Brasileira deveria olhar para os limites da atividade corrupta e estender seus efeitos apenas na medida necessária para atingir seu objetivo final, que é resgatar a lisura e integridade ética das entidades envolvidas. Em outras palavras, não se devem estender sanções e penalidades decorrentes de atos praticados por uma determinada empresa a outras empresas, apenas por participar do mesmo grupo econômico ou por ter patrimônio mais robusto, sem que elas tenham qualquer grau de participação ou beneficiamento na atividade ilícita. Punir empresas de forma solidária, apenas por participarem de um mesmo grupo econômico, parece-nos ilegal e injusto. Seria indispensável a análise do grau de benefício ou de interesse do responsável solidário no resultado do ilícito, fazendo-se, com isso, uma interpretação conjunta com o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira; afinal, se para a configuração da responsabilidade objetiva a identificação dessas situações (análise do grau de benefício ou de interesse no resultado do ilícito) é condição para o reconhecimento do ilícito, não há razão para o desprezo de tais condições em relação ao pretense responsável solidário. Conforme LEITE e NOBRE, “para atender o princípio da razoabilidade, entendemos que a situação de cada caso concreto deverá orientar a aplicação da solidariedade, para assim evitar a criação de situações desarrazoadas e injustas”⁵¹⁷.

Além disso, respeitando a diferença entre “*consolidação processual*” e “*consolidação substancial*” criada em matéria recuperacional, a Lei Anticorrupção Brasileira deveria distinguir situações em que é necessário envolver empresas do grupo econômico apenas para fins *processuais* (por exemplo, amplitude da investigação, movimentação de recursos, originação de negócios), sem contudo a elas estender as penalidades e sanções.

Isso posto, a solidariedade intragrupo na Lei Anticorrupção Brasileira nunca deveria ser utilizada como garantia de pagamento (procurando-se o *deep pocket*, como dizem os norte-americanos), visto que o propósito principal da lei não é arrecadatório, mas sim

⁵¹⁷ LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 313, set. 2014.

fomentar uma cultura de respeito à lei e integridade no mundo empresarial. Não se pode avançar no patrimônio de empresas idôneas do grupo, pelo simples fato de as empresas inidôneas não possuírem patrimônio.

Por fim, cabe uma crítica no tratamento do “grupo econômico” no capitalismo pós-Lava Jato em matéria de combate à corrupção e recuperação de empresas. Os acordos de leniência celebrado nos últimos anos, como as leniências do Grupo J&F e do Grupo Odebrecht, têm focado as multas e punições nas empresas atingidas por corrupção (que, na medida do possível, deveriam ser preservadas e saneadas, pois geram empregos e tributos e movimentam a economia produtiva), ao passo que deveriam focar a punição nos acionistas controladores (que efetivamente usufruíram dos benefícios econômicos das atividades corruptas).

O recém-aprovado pedido de recuperação da Odebrecht, o maior da história do País, vem na esteira de toda uma discussão sobre como o capitalismo brasileiro emergirá das cinzas após a Operação Lava Jato.

Mesmo entre alguns apoiadores da agenda anticorrupção, é comum ouvir frases como “o remédio matou o paciente junto com a doença”, ao levar tantas empresas a uma situação de inabilitação e até insolvência. Ocorre que esse empresariado que está quebrando foi quem ajudou a quebrar o Brasil. Por muito tempo, o capitalismo brasileiro estabeleceu laços com o setor público e foi agraciado com obras superfaturadas, empréstimos subsidiados e isenções tributárias, que só aumentaram o déficit e a dívida pública. Não é esse, por certo, o capitalismo que queremos salvar.

Chegou a hora de criar programas que estabeleçam garantias para novos entrantes conseguirem se financiar e entrar na disputa por bons ativos que estão em mãos corruptas. O ideal teria sido, nos acordos de colaboração e leniência, separar a empresa dos seus controladores. Acordos para atenuar as penalidades para as empresas, com vistas a preservar empregos e investimentos, deveriam ter sido acompanhados de exigências para que os donos se desfizessem do seu controle, fazendo com que eles, mais diretamente, respondessem pelos seus atos. O que temos, agora, são empresas falindo e os seus donos recebendo compensações. Por exemplo, na lista de credores da recuperação judicial do

Grupo Odebrecht⁵¹⁸, constam como principais credores as empresas dos controladores (Construtora Norberto Odebrecht com R\$ 4,4 bilhões e Keppel Patrimonial Ltda. com R\$ 230 milhões) e integrantes da família Odebrecht (Emílio Odebrecht com R\$ 83 milhões, Marcelo Odebrecht com R\$ 16,5 milhões e Mônica Odebrecht com R\$ 3 milhões).

O plano de recuperação judicial da Odebrecht ainda prevê credores com créditos derivados de incentivos de longo prazo (ILP) e recompras de ações no valor total de R\$ 3,7 bilhões, beneficiando ex-executivos do grupo, como Emílio e Marcelo Odebrecht, Aluizio Rebello de Araújo, Luiz Fernando Souza Villar e Newton de Souza⁵¹⁹.

Conforme dados levantados pelo Administrador Judicial da Odebrecht⁵²⁰, de um endividamento total de R\$ 69,3 bilhões, cerca de R\$ 33,8 bilhões (ou 48,7%) referem-se a partes relacionadas, a maioria delas implicada na Operação Lava Jato. Isso é deveras preocupante, principalmente porque certos executivos do grupo tentaram habilitar seus créditos na classe trabalhista, que tem prioridade no pagamento sobre as demais classes⁵²¹.

Felizmente, por força de resistência dos credores, o Plano de Recuperação Judicial do Grupo Odebrecht que foi finalmente aprovado em Assembleia Geral de Credores de 22 de abril de 2020 acabou por limitar o fluxo de recebimentos das “partes relacionadas”⁵²²: (i) créditos trabalhistas de partes relacionadas receberão até 150 salários mínimos na classe trabalhista dentro do prazo de um ano (ao passo que os créditos trabalhistas de partes não-relacionadas terão essa prioridade até o valor de R\$ 3 milhões) e (ii) créditos quirografários de partes relacionadas terão seu pagamento subordinado à quitação integral do crédito dos demais credores quirografários. Mas, repise-se, esse resultado foi possível somente por conta da pressão de credores organizados, e não por dispositivos legais.

Olhando agora para frente, é preciso tornar o Brasil mais atrativo para novos

⁵¹⁸ Apensada aos autos Nº 1050977-09.2019.8.26.0100 da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

⁵¹⁹ Para se ter uma ideia do que esse plano significa, vale lembrar que Emílio e Marcelo Odebrecht registram juntos créditos de R\$ 97 milhões em ILP. O espólio de Rebello de Araújo na ODBInv beira R\$ 900 milhões. Newton de Souza (ex-presidente que assumiu interinamente durante as investigações da Lava Jato) tem quase R\$ 270 milhões em seu nome e José Carlos Grubisich, ex-presidente da petroquímica Braskem e preso em novembro de 2019 nos Estados Unidos, alega ter R\$ 68 milhões a receber.

⁵²⁰ Fls. 22.905/22.911.

⁵²¹ No entanto, o próprio plano de recuperação judicial prevê um “*haircut*” de 90% para esse grupo, contemplando o pagamento de R\$ 270 milhões aos executivos, desde que haja dividendos de controladas e vendas de ativos, em linha com o “*haircut*” dos demais credores. Menos mal.

⁵²² Partes relacionadas são os acionistas controladores, seus cônjuges e parentes até o terceiro grau.

entrantes que ajudem a retomar a trajetória de investimentos e introduzir práticas de negócios mais éticas e salutares. Nesse sentido, parece-nos importante criar estruturas jurídicas para estimular a venda de negócios viáveis que se encontrem nas mãos de acionistas corruptos, reduzindo assim barreiras para a entrada de empresas e investidores estrangeiros que tenham interesse em assumir o controle dessas empresas⁵²³.

Na mesma linha argumenta SALOMÃO FILHO⁵²⁴:

Trata-se, portanto, de imputar na esfera administrativa objetivamente os ilícitos ao beneficiário primeiro e último dos ilícitos praticados, ou seja, o controlador da empresa. Tudo com amplo respaldo na Lei das S.A. (artigos 116 e 117) e na própria lei anticorrupção, que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 14). Assim, o controle da empresa deveria ser alienado e o valor de referida transferência de controle, ao invés de ser atribuído ao antigo controlador, seria integralmente aproveitado para pagamento da multa devida pela empresa pela prática corruptora. Dessa forma a atividade produtiva fica preservada e os beneficiários últimos dos ilícitos sofrem as consequências dos proventos pecuniários obtidos.

Voltaremos a esse ponto no Capítulo 9.

6.6 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece uma hipótese legal de desconsideração da personalidade jurídica para estender a responsabilidade por atos ilícitos aos administradores e sócios, nos seguintes termos:

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

Para compreender o funcionamento e os limites da desconsideração da personalidade jurídica no que diz respeito à Lei Anticorrupção Brasileira e aplicação de suas penalidades, temos que analisar as regras sobre segregação de patrimônios e limitação de responsabilidade, suas origens e funções econômicas.

⁵²³ Conforme LAZZARINI, Sérgio. Capitalismo pós-Lava Jato. *O Estado de São Paulo*, 19 jun. 2019. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,capitalismo-pos-lava-jato,70002879457?utm_source=estadao:mail&utm_medium=link. Acesso em: 25 jun. 2019.

⁵²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. *Valor Econômico*, 1 abr. 2015. Acesso em: 30 jul. 2019.

6.6.1 Limitação de responsabilidade – Origem e funções

Entendemos como patrimônio o “complexo de posições jurídicas, ativas e passivas, avaliáveis em dinheiro e atribuídas a uma pessoa. Cada pessoa tem um patrimônio e cada patrimônio um titular; não há pessoa, sujeito de direito com mais de um patrimônio assim como não há patrimônio sem titular”⁵²⁵. Ocorre que, no mundo dos negócios, os agentes têm interesse em separar patrimônios e alocar riscos para o desenvolvimento de empreendimentos econômicos.

Fruto de demandas históricas, principalmente nos séculos XVIII e XIX, a segregação de patrimônios e a limitação de responsabilidade inicialmente era derivada de outorgas reais que facilitaram a organização das companhias de navegação e o crescimento do comércio internacional. Esse ferramental foi essencial para garantir a reunião de volumosas somas de recursos necessários para armar os navios utilizados nas expedições marítimas, pois, à falta dessa garantia, os empreendimentos não prosperariam. A Coroa então autorizava a criação das companhias de navegação e garantia a limitação da responsabilidade dos investidores.

Os tipos mais antigos de sociedades comerciais previam, sempre, a existência de responsabilidade solidária de ao menos um de seus sócios pelas obrigações da sociedade. Não havia a separação plena dos patrimônios. O privilégio da separação patrimonial foi, posteriormente, recepcionado nas legislações nacionais, visando a reduzir os custos de transação e estimular o lançamento de empreendimentos econômicos mais arriscados, e assim criar riqueza para as nações e para os empresários.

O escudo da personificação (separação de patrimônios), associado à limitação de responsabilidade, aparece no *Code de Commerce* Francês de 1807 e, depois, no *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHB) alemão de 1861. Na Inglaterra, o *Limited Liability Act* de 1855 e o *Joint Stock Companies Act* de 1856 tornaram a limitação da responsabilidade das sociedades anônimas a regra geral adotada pelos agentes econômicos.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 (arts. 295 a 299) previa a figura da sociedade por ações, posteriormente regulada pelo Decreto nº 2.627/1940, com a criação

⁵²⁵ SZTAJN, Raquel. Desconsideração da personalidade jurídica: análise funcionalista. O Moderno Direito Empresarial do Século XXI. In: FACHIN, Edson; ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens (coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 290.

de um patrimônio autônomo e a limitação da responsabilidade dos acionistas. Na mesma linha, em 1919 aprova-se o Decreto 3.708, que recepciona, no sistema societário brasileiro a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, uma espécie de sociedade fechada e menos formal, em que os sócios eram limitadamente responsáveis pelas obrigações sociais desde que o capital estivesse totalmente integralizado.

Em linhas gerais, as pessoas jurídicas são entidades constituídas com personalidade distinta da personalidade dos sócios que as integram (*universitas distat a singulis*). Em TOMAZETE, citando Francesco Ferrara, a personalidade jurídica consiste em “uma armadura jurídica para realizar de modo mais adequado os interesses do homem”⁵²⁶. Em razão disso, as pessoas jurídicas são plenamente capazes de assumir direitos e obrigações civis, contratuais, pecuniárias etc., sem necessariamente vincular o patrimônio de seus sócios ou administradores ao cumprimento de tais obrigações, constituindo, portanto, um patrimônio próprio. Trata-se dos princípios da autonomia da pessoa jurídica e da separação patrimonial.

Por esse motivo, via de regra, é a própria sociedade que se responsabiliza civil e administrativamente por eventuais danos por ela causados (responsabilidade primária). Atualmente, os três tipos societários mais comuns e utilizados no Brasil são as sociedades limitadas, as sociedades anônimas e as empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI), sendo que o principal ponto em comum encontrado nesses tipos societários gira em torno da limitação da responsabilidade dos sócios. Percebe-se, portanto, a razão pela qual esses tipos societários predominam no cenário empresarial brasileiro: a limitação da responsabilidade dos sócios. Conforme leciona a Ministra Nancy Andriahi em recurso especial julgado pelo STJ:

A previsão de autonomia do patrimônio da pessoa jurídica em relação ao dos seus membros (blindagem patrimonial), nas sociedades de responsabilidade limitada, não é um privilégio concedido aos sócios, mas, antes disso, uma medida de incentivo ao empreendedorismo, sem a qual, certamente, seriam poucos os que se aventurariam à exploração da atividade empresarial e, eventualmente, a suportar com seus próprios bens o risco do insucesso.⁵²⁷

Ocorre que os sócios e administradores poderão ser responsabilizados

⁵²⁶ TOMAZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 235.

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.395.288-SP (2013/0151854-8). Terceira Turma. j. 11.02.2014. Relatora Ministra Nancy Andriahi.

(responsabilidade secundária) em situações excepcionais, em que abusam da personalidade jurídica da sociedade para se valerem culposa ou dolosamente da sua autonomia patrimonial a fim de não honrarem com as obrigações da sociedade empresária, transformando-a em um mero instrumento de blindagem do seu próprio patrimônio.

Em casos como esses, a personalidade jurídica da entidade deverá ser desconsiderada, de modo que seus sócios e/ou administradores sejam responsabilizados subsidiariamente pela reparação dos danos causados pela sociedade. Trata-se, portanto, do que a doutrina e a lei chamam de desconsideração da personalidade jurídica, que consiste no afastamento temporário da personalidade jurídica da sociedade a fim de possibilitar que seus credores sejam ressarcidos e os sócios e administradores responsabilizados pela prática do ato abusivo.

Portanto imperioso concluir que a noção de personalidade jurídica com patrimônio segregado é “instrumento e segurança jurídica para o tráfego mercantil”⁵²⁸. Conforme PARENTONI⁵²⁹, incertezas quanto ao alcance e aos fundamentos da responsabilidade limitada podem comprometer o funcionamento do mercado, prejudicando o desenvolvimento econômico e social do País.

Por seu turno, a desconsideração da pessoa jurídica é instituto com raízes no *common law*, com utilização importante no direito norte-americano. É conhecida nos Direitos inglês e norte-americano como *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil* etc. Aponta-se no Direito norte-americano o caso *Bank of the United States vs. Devenoux*⁵³⁰, em 1809, como sendo o primeiro caso de aplicação do instituto. No entanto, o caso mais famoso foi o *Salomon vs. Salomon & Co.*, de 1897, em que o comerciante Aaron Salomon constituiu uma sociedade junto com mais seis membros de sua família, detendo ele a quase totalidade do capital; quando a sociedade entrou em liquidação, um dos liquidantes sustentou que a sociedade era a própria pessoa de Aaron Salomon, argumento que foi acolhido. Foi trazida ao Brasil por Rubens Requião que, em obra pioneira, apontou que a utilização desse instituto não implica

⁵²⁸ DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel. Desconsideração da personalidade jurídica na falência. O moderno direito empresarial do século XXI. In: FACHIN, Edson; ABRÃO, Carlos Henrique; REQUIÃO, Rubens (coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 273.

⁵²⁹ PARENTONI, Leonardo Netto. *Desconsideração contemporânea da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 46.

⁵³⁰ Naquele caso, para fins de definição de competência, foi considerada a cidadania estadual dos acionistas do banco, desconsiderando a personalidade jurídica do banco.

a anulação da personalidade jurídica em toda sua extensão, apenas declarando sua ineficácia para os casos determinados, quando se verificar a presença do requisito de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

BLACK define da seguinte maneira:

processo judicial por meio do qual o tribunal desconsiderará a imunidade habitual dos administradores da companhia ou de outras companhias pela responsabilidade das atividades injustas da companhia; por exemplo quando a companhia existe com o propósito de somente perpetuar fraude. Doutrina que se assegura que a estrutura da sociedade com responsabilidade limitada pode ser desconsiderada, impondo-se responsabilidade pessoal, no caso de fraude ou outra injustiça, aos acionistas, administradores e diretores que agem em nome da sociedade. Porém, o tribunal só pode olhar além da forma da companhia para combater a fraude, o erro ou corrigir a injustiça.⁵³¹

A doutrina da desconsideração não visa a anular a personalidade jurídica; objetiva tão-somente desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou aos bens que atrás dela se escondem. Trata-se de declaração de ineficácia de personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo ela incólume para seus outros fins legítimos.

COELHO afirma que há duas formulações para a teoria da desconsideração: “a teoria maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a teoria menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial”⁵³².

Na prática, as cortes brasileiras se socorrem de textos normativos carentes de precisão técnica para aplicar a teoria menor da desconsideração, i.e., com base na mera insuficiência patrimonial da sociedade empresária. Sob o pretexto da aplicação da teoria da “*disregard doctrine*”, imputa-se responsabilidade aos sócios e administradores pela mera insuficiência patrimonial da sociedade, sem qualquer análise das razões pela qual a sociedade encontra-se em tal situação em primeiro lugar. Tornou-se frequente no judiciário brasileiro aplicar a “*disregard doctrine*” para ampliar o espectro de responsabilização para empresas controladas, coligadas e também para as integrantes do mesmo grupo econômico da sociedade credora. É possível observar esse fenômeno jurisprudencial especialmente em

⁵³¹ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Centennial Edition, St. Paul, West, 1994, p. 1147.

⁵³² COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 2002, p. 35.

matérias de natureza consumerista, ambiental, trabalhista e, mais recentemente, naquelas relacionadas à Lei Anticorrupção Brasileira.

A primeira disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro a fazer a referência à desconsideração da personalidade jurídica se deu por meio do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Com o intuito de proteger o consumidor hipossuficiente, sua redação acabou por desvirtuar o conceito doutrinário da “*disregard doctrine*”, ao permitir em seu § 5º que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Ou seja, sem necessidade de se apurar se houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Percebe-se que o único critério objetivo do § 5º para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica é a sociedade não dispor de patrimônio suficiente para quitar suas dívidas.

Da mesma forma, também se aplica a teoria menor da “*disregard doctrine*” na reparação do dano ambiental. O artigo 4º da Lei Ambiental (Lei nº 9.605/1998) dispõe que a desconsideração da personalidade jurídica será cabível sempre que a “personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

No caso da Lei Ambiental, como tal responsabilização será devida independentemente da comprovação de culpa ou atuação com excesso de poderes por parte daqueles que compõe a sociedade, a rigor, trata-se de hipótese de responsabilização subsidiária dos sócios e administradores, e não de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Já com relação à desconsideração em matérias do direito trabalhista, também se aplica a teoria menor da “*disregard doctrine*”, norteando-se pelo princípio “*in dubio pro operario*”, como forma de garantir a proteção ao trabalhador (parte hipossuficiente da relação) e a necessidade de o trabalhador ser recompensado, em detrimento da limitação da responsabilidade. O artigo 2º da CLT dispõe que:

Art. 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Trata-se, portanto, da responsabilização solidária das empresas integrantes do grupo

econômico, tornando-se desnecessária a aplicação da teoria da desconsideração. Nesse caso, a responsabilidade decorre de expressa previsão legal, porém o resultado atingido é o mesmo.

Na prática, o que acontece é que cortes trabalhistas aplicam a desconsideração da personalidade jurídica pela mera insuficiência patrimonial da sociedade, buscando a relação de todos os sócios e administradores da sociedade e, ao mesmo tempo, ampliam essa responsabilização para todas as empresas que integram o grupo.

No que concerne à aplicação da “*disregard doctrine*”, não obstante os diversos regimes jurídicos contidos no ordenamento legal brasileiro, é possível encontrar um denominador em comum entre eles, especialmente em matérias civis, ambientais, consumeristas e trabalhistas. Em todos esses casos, vislumbram-se cortes e tribunais se servindo de interpretação extensiva na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica voltada aos grupos de sociedades, a fim de ampliar a responsabilização a terceiros como forma de obter o devido ressarcimento aos danos sofridos pelo credor.

Não obstante o interesse do legislador em proteger garantias constitucionalmente previstas, como a proteção ao trabalhador, ao meio ambiente, ao consumidor etc., o fato de a aplicação da desconsideração nesses casos ocorrer com base na teoria menor, sem qualquer apuração da prática de qualquer ato abusivo, tal como o desvio de finalidade ou confusão patrimonial, nos parece ser deveras oneroso ao empresário brasileiro, que no fim das contas é quem arca com toda essa responsabilidade. A aplicação sem limites da desconsideração com base na teoria menor não atende a outras garantias constitucionalmente previstas: o livre mercado e o livre exercício das atividades econômicas.

Sem dúvidas, essa crise da limitação de responsabilidade gera no mercado nacional desconfiança a respeito da eficácia e validade do princípio da separação patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se traduz em maior insegurança jurídica, desestímulo a investimentos e desvalorização dos ativos nacionais, sem citar outras consequências.

Dessa forma, temos que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica exige muita cautela e deve ser aplicada em caráter excepcional. Infelizmente, não é o que verificamos atualmente no cenário jurisprudencial brasileiro, levando o STJ afirmar que

estamos na “era da desconsideração da pessoa jurídica”⁵³³.

6.6.2 A desconsideração na Lei Anticorrupção Brasileira

No Direito Administrativo Sancionador, incluindo o art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira, deve-se aplicar a teoria maior, que exige a constatação de fraude ou abuso de direito. Por exemplo, no Processo Administrativo 2001/4903⁵³⁴, a CVM se manifestou dizendo que a desconsideração da personalidade jurídica é medida de exceção, que não deve ser utilizada em hipótese em que não foi constatada a fraude ou o abuso da personalidade jurídica⁵³⁵.

O art. 50 do Código Civil já prevê a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, de forma a estender certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. No entanto, o art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que os efeitos obrigacionais poderão ser estendidos aos administradores e sócios *com poderes de administração* (e não a todos os sócios, como ocorre no Código Civil).

Conforme MACHADO e LEITE, “a Lei nº 12.846/2013 trouxe como requisito essencial a existência de abuso de direito ou confusão patrimonial, sem os quais não há que se falar em extensão, aos sócios ou aos administradores (incluindo conselheiros) dos efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica”⁵³⁶. Tais autores lembram ainda que, no âmbito da Lei das Sociedades por Ações, o conceito de abuso de direito praticado por um administrador está intimamente ligado aos deveres de diligência e lealdade (conforme arts. 153 a 159 da Lei das Sociedades por Ações). Lembram, ainda, que os deveres de diligência e lealdade são balizados pelo “*business judgment rule*”, com fundamento no art. 159, § 6º,

⁵³³ “Na era da ‘desconsideração da pessoa jurídica’ e do reconhecimento da *legitimatío ad causam* às entidades representativas de interesses difusos, representaria excesso de formalismo negar ao Consórcio ré conhecido pelo Ministério do Trabalho a assemelhação às pessoas jurídicas para fins de admissão no REFIS, máxime porque, essa opção encerra promessa de cumprimento das obrigações tributárias. PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL - REFIS - CONSÓRCIO DE EMPREGADORES RURAIS - ADESÃO - POSSIBILIDADE - CARÁTER SOCIAL DÚPLICE DO PROGRAMA - IMPOSSIBILIDADE DE LACUNAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO - INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - CTN, ART. 108. Em STJ - Superior Tribunal de Justiça, REsp 413865, Processo: 200200171511, Relator: Min. Luiz Fux, j. em 26/11/2002.”

⁵³⁴ Processo CVM 2001/4903, Rel. Wladimir Castelo Branco Castro, Rio de Janeiro, j. 28/5/2001.

⁵³⁵ SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁵³⁶ MACHADO, Leonardo Ruiz; LEITE, Karina da Guia. A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a lei anticorrupção. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, nº 125, AASP, p. 56, dez. 2014.

da Lei das Sociedades por Ações e em precedentes da CVM⁵³⁷, que orienta que não haverá violação ao dever de diligência quando o administrador toma (ou deixa de tomar) uma decisão se sua decisão for informada, refletida e desinteressada, ainda que a decisão se revele posteriormente uma má decisão de negócios. Ou seja, não há questionamento quanto ao mérito da decisão, mas somente quanto ao processo de tomada de decisão, considerando sua razoabilidade e fundamentação nas informações disponíveis. Tem-se, portanto, que o *business judgment rule* servirá para proteger os administradores quanto a pleitos de descon sideração da personalidade jurídica com base no art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira.

Outra nota distintiva do art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira é que ele trata da descon sideração da personalidade jurídica ainda no âmbito do processo administrativo, portanto independentemente de prévia análise judicial.

CARVALHOSA⁵³⁸ diz que o aludido art. 14, que autoriza a autoridade processante a decretar a descon sideração da personalidade jurídica, é “norma aberrante, inteiramente desfocada e deslocada do contexto da presente Lei”, pois descon siderar a personalidade jurídica faria com que a Lei Anticorrupção Brasileira perdesse automaticamente seu objeto, que é exatamente a pessoa jurídica. A pessoa jurídica deixaria de ser o sujeito ativo do delito e, portanto, ré.

CARVALHOSA ainda entende que, no Estado Democrático de Direito, não existe e não pode existir competência administrativa para decretar a descon sideração da personalidade jurídica, competência essa que somente cabe ao Judiciário, respeitado o devido processo legal.

6.6.3 A liberdade econômica e a descon sideração da personalidade jurídica

A Recentemente, em 30 de abril de 2019, o governo federal editou a Medida Provisória nº 881 (a “MP da Liberdade Econômica”), posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, a qual tem o intuito de instituir medidas de cunho liberal na área econômica, de forma a estabelecer garantias de livre mercado. Entre outras normas, a Lei da Liberdade Econômica introduziu a “declaração de direitos de liberdade

⁵³⁷ Por exemplo, Processo Administrativo Sancionador CVM nº 1.443/2005-RJ.

⁵³⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 363.

econômica”, que visa a garantir proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, ao mesmo tempo em que regula a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

Entre diversas inovações, a MP da Liberdade Econômica altera as disposições do artigo 50 do Código Civil que tratam da desconsideração da personalidade jurídica. Antes da MP da Liberdade Econômica, o artigo 50 do Código Civil dispunha o seguinte:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, conforme dispunha o artigo 50 do Código Civil, seria devida “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”. Sem especificar o que caracteriza um desvio de finalidade ou confusão patrimonial, coube à doutrina e à jurisprudência definir tais conceitos ao longo dos anos. Além disso, ao dispor que a desconsideração seria devida para que “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações da sociedade fossem estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, o legislador acabou deixando margem suficiente para que sócios e administradores que nada tinham a ver com o ato abusivo também fossem responsabilizados, como sócios minoritários sem poder de gestão, por exemplo.

É louvável, portanto, a inovação trazida pela Lei da Liberdade Econômica, que, além de especificar que a desconsideração deve ocorrer para alcançar os bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”, trouxe as definições de “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, a fim de garantir tratamento equânime sobre o tema perante os diversos tribunais do país, bem como para garantir maior segurança jurídica ao ambiente de negócios brasileiro. Alterou-se, dessa forma, o artigo 50 do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa

da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no *caput* e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Reconhecemos que a Lei da Liberdade Econômica trouxe importantes inovações ao nosso ordenamento legal, com o objetivo de garantir que os mesmos conceitos serão utilizados para fundamentar as decisões acerca da desconsideração de personalidade jurídica e que sócios e administradores que não tenham abusado da personalidade jurídica da sociedade que integram não sejam responsabilizados por decorrência de atos praticados por outros sócios ou administradores.

6.6.4 Questões processuais

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) disciplina, nos seus arts. 133 a 137, procedimento especialmente dedicado à desconsideração da personalidade jurídica. Esse procedimento deve ser aplicado na desconsideração do art. 14 da Lei Anticorrupção Brasileira. Conforme ALVIM, “o que deve ocorrer é, especificamente, sua desconsideração para um determinado fim – o que se dá, em termos procedimentais, pelos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil – e não sua despersonalização total. Somente em casos excepcionais pode-se superar a distinção patrimonial entre a pessoa jurídica e as pessoas que a compõe”⁵³⁹. Com relação ao cabimento e aos requisitos da desconsideração, deve-se observar as regras de direito material e jurisprudência aplicáveis (Direito Civil, Direito

⁵³⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 527-528.

do Consumidor, Direito do Trabalho, Direito Administrativo Sancionador etc.), cabendo ao Código de Processo Civil regular somente os aspectos e as etapas processuais.

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica é cabível em sede de processo de conhecimento, no cumprimento de sentença, ou em processo de execução de título extrajudicial, em qualquer de suas fases (conforme art. 134 do Código de Processo Civil). Instaurado o incidente, suspende-se o curso do processo principal (art. 134, § 3º, do Código de Processo Civil). Sua instauração pode ser pleiteada pela parte interessada ou pelo Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo.

Admitido o processamento do incidente, será determinada a citação do sócio para se manifestar e requerer a produção de provas no prazo de 15 dias. O sócio terá a oportunidade de se defender das alegações de fraude, desvio de patrimônio etc. que servirem de base para a desconsideração. A princípio, o ônus da prova é de quem requereu a medida, mas nada impede que o juiz proceda à sua inversão (nos termos do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil).

Produzidas as provas, o juiz resolverá o incidente por meio de decisão interlocutória, contra a qual será cabível agravo de instrumento (ou agravo interno, se o incidente tramitar no tribunal).

6.6.5 Outras considerações sobre a limitação de responsabilidade

Parece-nos oportuno tecer algumas considerações sobre a importância da limitação da responsabilidade no ambiente de negócios e o malefício do uso indiscriminado da desconsideração da personalidade jurídica e da responsabilidade solidária no Brasil.

A responsabilidade limitada é um princípio fundamental do Direito Comercial⁵⁴⁰, permitindo que investidores possam participar de determinados empreendimentos sem expor todo seu patrimônio a risco. Sem tal limitação, muitos empreendimentos não seriam viáveis por não haver capital disponível de empreendedores. Além disso, a limitação da responsabilidade é essencial para que os investidores possam diversificar seus investimentos de forma eficiente. Ao deter um portfólio de ativos diversificado, investidores mitigam seus riscos na medida em que certos ativos não seriam atingidos por

⁵⁴⁰ EASTERBROOK, Frank H; FISCHER, Daniel R. Limited liability and the corporation. *52 University of Chicago Law Review* 89 (1985).

dívidas de outros ativos.

A desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilização solidária por atos e obrigações de terceiros deve ser uma medida de exceção, utilizada com muita cautela de acordo com as circunstâncias concretas do caso em questão. Conforme registrou a Corte Suprema dos Estados Unidos, “a limitação da responsabilidade é a regra, não a exceção; e com esta premissa grandes compromissos são firmados, vultosos empreendimentos são lançados e enormes somas de capital são atraídos”⁵⁴¹. Nos Estados Unidos da América, quase todos nos quais as cortes permitiram a desconsideração da personalidade jurídica envolviam casos de fraude em sociedades de capital fechado⁵⁴², em que as figuras da sociedade, do acionista controlador e do administrador costumam se confundir mais facilmente. Aplicar a responsabilidade objetiva e solidária a terceiros, em caso de grandes companhias listadas em bolsa com centenas ou milhares de acionistas, pode ter o efeito danoso de afugentar investimentos e impedir o desenvolvimento econômico.

Considerando o estágio atual de proliferação de atos de corrupção no Brasil, compreende-se o intuito do legislador ao estabelecer que as pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos contra a administração pública sejam responsabilizadas objetivamente, independentemente de dolo ou culpa. No entanto, merece críticas a responsabilidade solidária automática no que diz respeito às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas e a desconsideração da personalidade jurídica. Temos visto no Brasil diplomas legais e decisões judiciais que, com muita frequência e sem muito rigor metodológico, desrespeitam os princípios da responsabilidade limitada e separação patrimonial, com o propósito de desconsiderar a personalidade jurídica ou aplicar a responsabilização solidária ao grupo econômico, como é o caso do Direito do Trabalho⁵⁴³, do Direito do Consumidor⁵⁴⁴ e do Direito Ambiental. O efeito cumulativo dessas medidas tem representado uma fonte de preocupação e um efetivo custo adicional de transação para estrangeiros investindo no Brasil, em especial em setores regulados e de infraestrutura, que dependem de envolvimento ou aprovação governamental.

⁵⁴¹ Anderson v. Abbott, 321 U.S. 233, 362 (1944), no seu original em inglês: “limited liability is the rule, not the exception; and on that assumption large undertakings are rested, vast enterprises are launched, and huge sums of capital attracted”.

⁵⁴² EASTERBROOK, Frank H; FISCHER, Daniel R. Limited liability and the corporation. *52 University of Chicago Law Review* 89 (1985).

⁵⁴³ Conforme art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁵⁴⁴ Conforme art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Com isso em mente, temos algumas sugestões *de lege ferenda* para a Lei Anticorrupção Brasileira:

- (i) a responsabilidade de controladores, controladas, coligadas ou consorciadas deveria ser *subjctiva e aplicável somente àqueles que tenham auferido benefícios diretos provenientes dos atos ilícitos* e na medida da culpabilidade de tais terceiros, levando-se em consideração o poder e influência na administração do negócio, o nível de diligência empregado, bem como a participação ou conhecimento (efetivo ou presumido) da prática de atos ilícitos. A responsabilidade objetiva de sociedades controladoras, controladas ou coligadas cria injustiças, na medida em que pune de forma idêntica aqueles que tomaram condutas diligentes e adequadas e aqueles que agiram com culpa ou dolo na prática de atos de corrupção;
- (ii) dentro de um sistema de responsabilidade subjetiva baseada em culpa, poderia se cogitar da *inversão do ônus da prova* em favor das autoridades públicas, cabendo às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas provarem que (i) não tiveram envolvimento ou conhecimento da prática de atos ilícitos, (ii) não receberam nenhum benefício decorrente de atos de corrupção; (iii) instituíram políticas internas e mecanismos de *compliance*; e (iv) empregaram seus melhores esforços para prevenir tais atos. Argumenta-se, frequentemente, que a responsabilidade subjetiva clássica traz às autoridades públicas entraves na produção de provas no inquérito ou ação judicial que dificultam a caracterização da conduta culposa ou dolosa, impossibilitando assim sua responsabilização. Com a inversão do ônus da prova, tal entrave ficará a cargo das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas;
- (iii) não deveria haver responsabilidade solidária, mas sim *subsidiária*, para que se preserve a separação patrimonial das entidades com algum tipo de relação societária, atingindo o patrimônio de terceiros somente após exauridos o patrimônio da entidade em questão.

7 RESPONSABILIDADE POR ATOS DE TERCEIROS: AGENTES, REPRESENTANTES E DISTRIBUIDORES

A corrupção compromete a integralidade dos valores que informam a ideia de República, frustra a consolidação das instituições, compromete políticas públicas nas áreas sensíveis, como saúde e segurança, além de afetar o próprio princípio democrático. (Celso de Mello, Ministro do STF)

O art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira enumera os atos lesivos à Administração Pública que, quando praticados pela pessoa jurídica, acarretam na sua responsabilização objetiva, em esfera administrativa e civil. Mas o que significa “praticados pela pessoa jurídica”?

Vimos anteriormente que não existe responsabilidade criminal da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Brasileira; o novo sistema funda-se na responsabilidade objetiva, na esfera civil e administrativa, pois a tarefa de imputar responsabilidade penal às pessoas jurídicas por atos praticados por administradores, dirigentes, empregados e agentes sempre foi bastante espinhosa. Quais seriam os critérios de imputação penal no âmbito das organizações empresariais? O empresário seria o responsável pelos crimes cometidos no âmbito e em benefício da empresa por ele comandada? Ou seriam os administradores para quem o empresário delega a gestão da empresa, dentro de suas respectivas competências funcionais? E mais: poderiam atos ilícitos praticados por agentes externos ou terceiros prestadores de serviço atuando em benefício da empresa, imputar responsabilidade à empresa?

Na ótica da Lei Anticorrupção Brasileira e com base nos precedentes internacionais, a prática de tais atos lesivos pode se configurar não somente pela ação ou omissão dos funcionários e representantes legais da empresa (visão tradicional dos Direitos civil e societário, baseada nos poderes legais conferidos por estatuto ou mandato, ainda que seja expandida pela teoria da aparência), mas também pela ação ou omissão de terceiros (agentes, representantes e distribuidores) que atuem em nome da empresa, para seu benefício.

Segundo a teoria da imputação objetiva, é necessário deixar de lado os elementos subjetivos e volitivos e definir um critério normativo de culpabilidade das pessoas jurídicas, que pode ser a falha organizacional em desenvolver sistemas para prevenir os ilícitos

(culpabilidade por defeito de organização), o risco criado pela empresa no exercício de sua atividade (culpabilidade pelo risco criado) ou mesmo a vantagem econômica obtida pela empresa com determinada prática delituosa (culpabilidade pelo risco proveito).

No caso da culpabilidade por defeito de organização, a responsabilização pelo ilícito ocorrerá quando a empresa “não tiver adotado todas as medidas organizativas razoáveis e indispensáveis para impedir este ou aquele delito”⁵⁴⁵. É importante aferir se a empresa implementou, de fato, medidas e diligências no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos no desenrolar de sua atividade, pois isso influenciará na sua responsabilização e poderá, inclusive, conduzir à sua absolvição ou mesmo mitigação da pena a lhe ser imposta⁵⁴⁶.

O modelo de culpabilidade por defeito de organização tem como vantagem não apenas criar um sistema seguro de aferição de culpabilidade corporativa e um incentivo para adoção de boas práticas de *compliance*, mas também representar um verdadeiro sistema de garantia para que as empresas possam romper a responsabilidade por atos ilícitos em determinadas circunstâncias em que não existe culpabilidade.

No mapeamento de riscos que deve nortear o trabalho de elaboração e operacionalização dos programas de integridade, deve-se levar em conta se a empresa se utiliza de agentes intermediários (como consultores ou representantes comerciais) no desenvolvimento de suas atividades. Assim dispõe expressamente o art. 42, § 1º, III, do Decreto Federal Anticorrupção⁵⁴⁷.

Da mesma forma, ao listar os parâmetros de avaliação dos programas de integridade, o Decreto Federal Anticorrupção recomenda (i) que os padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade sejam estendidos a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados (art. 42, III), e (ii) a realização de diligências apropriadas para contratação e supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores

⁵⁴⁵ MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Um bosquejo histórico-dogmático*, p. 1194-1197

⁵⁴⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

⁵⁴⁷ Art. 42, § 1º: “Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: [...] III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais”.

de serviço, agentes intermediários e associados (art. 42, III).

Fica claro, portanto, que a intenção da Lei Anticorrupção Brasileira é atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas por atos de terceiros que atuem em seu nome e em seu benefício. Mas quais seriam os limites para isso? Qual seria o fundamento legal? Novamente, apoiar-nos-emos na experiência com o FCPA norte-americano.

Em levantamento de KOEHLER⁵⁴⁸, no ano de 2009, houve um total de 11 casos de investigação e punição por alegadas violações ao FCPA levados a cabo pela SEC e pelo DOJ e em todos esses casos houve algum tipo de participação de terceiros (agentes ou representantes) que resultou em responsabilidade à pessoa jurídica, conforme listado abaixo:

Empresa	Ato Ilícito⁵⁴⁹	Resultado
ITT Corp.	Entre 2001 e 2005, a subsidiária chinesa da ITT Corp. teria pago aproximadamente US\$ 200.000, por meio de agentes chineses, para funcionários de empresa estatal chinesa. Os pagamentos teriam sido feitos por meio de comissões superfaturadas aos agentes chineses, sabendo que parte dessas comissões seria usada para subornar autoridades chinesas. Essas comissões teriam sido erroneamente registradas na contabilidade como comissões e custo do produto vendido (violação do dispositivo contábil de <i>books and records</i>).	Acordo de US\$ 1,7 milhões.
Latin Node, Inc.	Latin Node pagou cerca de US\$ 300.000 por serviços de consultoria de suas subsidiárias hondurenhas LN Comunicaciones e Servicios IP, sabendo que parte desses recursos seria repassada ilegalmente para autoridades governamentais de Honduras.	Multa de US\$ 2 milhões
Novo Nordisk	Novo Nordisk reconheceu ter feito pagamentos ilícitos a funcionários do governo do Iraque, no contexto de um contrato de compra de produtos médicos, pagamentos esses feitos por meio de comissões superfaturadas a um agente no Jordão, que foram parcialmente repassadas aos funcionários públicos iraquianos. Essas comissões teriam sido erroneamente registradas na contabilidade como comissões e custo do produto vendido (violação do	Multa de US\$ 18 milhões.

⁵⁴⁸ KOEHLER, Michael. The FCPA. Foreign agents, and lessons from the Halliburton enforcement action. *Ohio Northern University Law Review*, v. 26, 2010.

⁵⁴⁹ De acordo com as peças acusatórias do DOJ ou da SEC, conforme o caso.

Empresa	Ato Ilícito⁵⁴⁹	Resultado
	dispositivo contábil de <i>books and records</i>).	
United Industrial Corp.	Pagamentos ilícitos por meio de sua subsidiária ACL Technologies Inc. para um agente estrangeiro para a obtenção de contratos com a Força Aérea do Egito. A ACL teria autorizado pagamentos ao agente estrangeiro com conhecimento ou desconsideração intencional da alta probabilidade (“ <i>knowing or consciously disregarding the high probability</i> ”) de que o agente oferecia parte desses recursos aos funcionários da Força Aérea do Egito. Esses pagamentos teriam sido erroneamente registrados na contabilidade como comissões e custo do produto vendido (violação do dispositivo contábil de <i>books and records</i>).	Multa de US\$ 340.000
Control Components, Inc.	Control Components, Inc. teria feito pagamentos ilícitos a funcionários de empresas estatais na China e Coréia do Sul por meio de agentes e consultores, que intermediaram e facilitaram a transferência dos recursos.	Multa de US\$ 18,2 milhões
Nature’s Sunshine Products, Inc.	Por meio de sua subsidiária brasileira NSP Brazil, a Nature’s Sunshine teria feito pagamentos ilícitos de US\$ 1 milhão a autoridades aduaneiras brasileiras para permitir a admissão de produtos sem as licenças de importação. Esses pagamentos teriam sido feitos por meio de um despachante aduaneiro contratado pela empresa no Brasil. Esses pagamentos teriam sido erroneamente registrados na contabilidade como “taxas de importação” e, portanto, violado o dispositivo contábil de <i>books and records</i> .	Multa de US\$ 600.000
Avery Dennison Corp.	Avery Dennison Corp. e sua subsidiária chinesa Avery (China) Co. Ltd., utilizando-se de distribuidores locais chineses, ofereceram presentes, viagens de turismo e gratificações em dinheiro a autoridades governamentais chinesas para obtenção de negócios e contratos com o governo. Haveria ocorrido violação do dispositivo contábil de <i>books and records</i> e falha na instauração e manutenção de controles internos para detectar e prevenir fraudes.	Multa de US\$ 520.000
Helmerich & Payne, Inc.	Por meio de suas subsidiárias argentina e Venezuela, a Helmerich & Payne teria feito pagamentos ilícitos para permitir a importação de produtos que não atendiam as	Multa de US\$ 1,4 milhão

Empresa	Ato Ilícito ⁵⁴⁹	Resultado
	regulamentações nacionais aplicáveis e evadir tributação local. Esses pagamentos teriam sido erroneamente registrados na contabilidade como “despesas extraordinárias” e, portanto, violado o dispositivo contábil de <i>books and records</i> .	
AGCO Corp.	AGCO reconheceu ter permitido pagamentos ilícitos pelas suas subsidiárias locais e agentes no Iraque para obter contratos com o Ministério da Agricultura iraquiano. Os pagamentos foram feitos por intermédio de um agente jordaniano, com a natureza declarada de “serviços pós-venda”.	Multa de US\$ 19,9 milhões
UTStarcom, Inc.	UTStarcom, Inc. realizou pagamentos para consultores na China e na Mongólia por serviços fictícios, já que eles não conseguiram nenhuma prova de que os serviços tiveram sido efetivamente prestados. Segundo as autoridades americanas, UTStarcom, Inc. conhecia ou deveria conhecer a alta probabilidade de que esses recursos seriam utilizados para subornar funcionários públicos.	Multa de US\$ 3 milhões

O maior e mais famoso caso de punição por atos de corrupção praticados por agentes/representantes estrangeiros é o caso da Halliburton/KBR⁵⁵⁰⁻⁵⁵¹, em que as empresas Halliburton, Inc. e KBR, Inc. utilizaram-se de agentes estrangeiros para o pagamento de propinas a autoridades governamentais da Nigéria que resultaram em contratos de mais de US\$ 6 bilhões. Nesse caso, a SEC e o DOJ não fundamentaram suas acusações no envolvimento direto da Halliburton e da KBR (na verdade, as autoridades não chegaram sequer a investigar se a Halliburton e a KBR tinham conhecimento sobre os atos ilícitos). A acusação fundamentou-se no fato de Halliburton e KBR terem acesso e controle à administração e documentos de suas subsidiárias estrangeiras, mas falharem em desenvolver *due diligence* e controles internos para monitorar seus agentes estrangeiros. Segundo as autoridades, a diligência implementada pela Halliburton e KBR nos seus agentes

⁵⁵⁰ Na verdade, trata-se de um *enforcement action* que foi resolvido por meio de acordo com a SEC e DOJ, sem julgamento final de mérito, e por isso não chegou a configurar um *case* vinculante. Aliás, nessa matéria anticorrupção, temos uma deficiência de precedentes judiciais em que houve análise do mérito com trânsito em julgado, uma vez que as partes normalmente resolvem as acusações por meio de acordos ou leniências. Isso impossibilita a formação de uma jurisprudência imparcial e dificulta uma análise mais criteriosa sobre o tema, na medida que normalmente reflete a postura e interpretação dos temas pelas autoridades governamentais.

⁵⁵¹ SEC Press Release nº 20897, de 11/2/2009. Disponível em: www.sec.gov/litigation/litreleases/2009/lr2089.htm. Acesso em: 29 mar. 2019.

estrangeiros fora insuficiente e inadequada e por isso a Halliburton e a KBR deveriam ser responsabilizadas.

O caso da Halliburton/KBR acabou por estabelecer os parâmetros da diligência esperada pelas autoridades norte-americanas com relação à seleção, contratação e utilização de terceiros (agentes e representantes), que passamos a expor a seguir.

- Diligências Preventivas: antes de contratar um agente estrangeiro, uma empresa deve exigir que o agente: (i) preencha um questionário detalhado acerca do FCPA e leis anticorrupção (contendo, por exemplo, informações e dados de contato sobre os proprietários diretos e indiretos, referências bancárias, referências comerciais, relacionamento com autoridades governamentais, partidos políticos e pessoas politicamente expostas); (ii) assine um termo de anuência e compromisso, obrigando-se a cumprir o FCPA e leis anticorrupção; (iii) faça pesquisas de *background* e bases de dados públicas para levar a cabo uma *due diligence* completa acerca do agente. Tais diligências preventivas devem indicar pontos de atenção (*red flags*) que possam exigir diligências aprofundadas adicionais antes da contratação: necessidade efetiva dos serviços, capacidade técnica, pendências regulatórias, envolvimento pretérito em atos de corrupção, recusa em aderir os códigos de conduta do contratante e assinar os termos de compromisso anticorrupção, recusa em ter suas contas e documentos auditados, pedido de manutenção de confidencialidade, uso de interpostas pessoas para prestação de serviços ou emissão de faturas, entre outras;
- Diligências Durante a Contratação: no momento da contratação de um agente estrangeiro, uma empresa deve exigir que o agente: (i) celebre contratos escritos para regular a prestação de serviços (evitar contratações verbais); (ii) inclua declarações e garantias nos seus contratos sobre a inexistência de violações pretéritas de leis anticorrupção; (iii) permita o contratante auditar sua contabilidade; (iv) assegure o direito do contratante de rescindir o contrato, caso haja indícios relevantes de descumprimento do FCPA e leis anticorrupção; (v) assegure o direito do contratante de reportar quaisquer atos de corrupção e irregularidades para as autoridades competentes;
- Diligências Após Contratação: após a contratação de um agente estrangeiro, e durante a execução dos serviços, uma empresa deve: (i) exigir que o agente

certifique, em bases anuais, que continua em conformidade com o FCPA e leis anticorrupção; (ii) realizar pesquisas independentes de tempos em tempos, para monitorar o surgimento de mídia adversa; (iii) exigir comprovação documental dos pagamentos e despesas realizadas; (iv) identificar e avaliar pagamentos suspeitos, que fogem ao padrão de pagamentos àquele agente, entre outros itens.

Tratando de diligência sobre terceiros para identificar e mitigar possíveis violações ao FCPA norte-americano, os *guidelines* do Department of Justice e da SEC⁵⁵² listam os seguintes pontos de atenção (*red flags*): (i) comissões contratuais excessivas, desproporcionais ao trabalho efetivo do terceiro; (ii) descontos injustificados a determinados distribuidores; (iii) contratos de consultoria com descrição vaga dos serviços; (iv) consultores que prestam serviços em áreas distintas daquelas para as quais foram contratados; (v) prestadores de serviços associados ou relacionados a autoridades estatais; (vi) prestadores de serviços constituídos em paraísos fiscais ou outras jurisdições que não correspondem às suas localidades físicas de atuação; (vii) prestadores de serviços que demandam pagamentos em contas bancárias de terceiros, contas em paraísos fiscais ou mesmo em espécie. Diante de quaisquer dessas situações, a recomendação é de que as diligências sejam aprofundadas e o relacionamento com tal terceiro seja criteriosamente revisto e, eventualmente, terminado.

⁵⁵² UNITED STATES OF AMERICA, Department of Justice. *FCPA: a resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, p. 22.

8 RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES

Brasil: esse estranho país de corruptos sem corruptores.
(Luís Fernando Veríssimo)

A Lei Anticorrupção Brasileira dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, aplicando-se não somente às entidades que praticam os atos de corrupção, mas também a terceiros que apresentem algum grau de vinculação com a conduta corrupta (como nos casos de agentes, distribuidores, parceiros comerciais, representantes e financiadores) ou com a entidade corruptora (como nos casos de vínculo societário, comercial ou de representação). Nesse sentido, as sanções administrativas e judiciais, em determinadas circunstâncias, podem ser estendidas às instituições financeiras que forneçam financiamento à entidade corruptora no contexto de atos de corrupção.

O art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira contém o rol de atos lesivos à administração pública que podem levar à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. Esse rol tem natureza taxativa, no entanto cada um de seus incisos tem redação ampla o suficiente para gerar dúvidas acerca dos seus limites de aplicação. Um desses incisos é o inciso II, que trata da responsabilização de agentes financiadores ou patrocinadores dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira. Confira-se:

Art. 5º - Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

II - *comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar* a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei. (grifo nosso)

Diante desse dispositivo legal, surgem algumas dúvidas para as quais, salvo melhor juízo, ainda não existe orientação doutrinária ou jurisprudencial: a responsabilidade dos financiadores é objetiva ou subjetiva? Quais atos de financiamento, custeio ou patrocínio são capazes de gerar a responsabilidade do art. 5º, inc. II? A responsabilidade do financiador por atos de corrupção envolve sua participação direta ou conhecimento (efetivo ou presumido) acerca da atividade ilícita? A realização de diligência legal, os procedimentos

de “*know your client*” (KYC) e o cumprimento de normativos sobre lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros afastariam a responsabilidade do financiador decorrente da Lei Anticorrupção Brasileira? Pretendemos abordar essas dúvidas no presente capítulo.

Nessa tarefa de interpretação legislativa, pretendemos nos socorrer das lições da responsabilidade das instituições financeiras na legislação ambiental, que muitas vezes podem ser enquadradas como “poluidoras indiretas”. No contexto da Lei Anticorrupção Brasileira, poderiam os financiadores ser enquadrados como “corruptores indiretos”?

8.1 RESPONSABILIDADE DE FINANCIADORES POR DANOS AMBIENTAIS

A Lei nº 6.938/1981 estabeleceu os contornos da Política Nacional do Meio Ambiente e criou a responsabilidade objetiva por danos ambientais. Desde sua promulgação em 1981, houve um desenvolvimento notável de teses doutrinárias e posições jurisprudenciais relativas ao tema da responsabilidade civil ambiental, que acreditamos poderá servir de suporte interpretativo para os temas de corrupção da Lei Anticorrupção Brasileira. Um tema de particular interesse é a questão do causador indireto de danos ambientais.

A Lei nº 6.938/1981 define o poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, *responsável direta ou indiretamente*, por atividade causadora do dano ambiental” (art. 3º, inc. III e IV, com nosso grifo). Surge aí a figura do poluidor indireto. O conceito de poluidor indireto vem permitindo a extensão da responsabilidade civil a outros agentes cuja conduta possa representar alguma espécie de contribuição ou incentivo para o dano ambiental, como os financiadores. Coloca-se, nessa discussão, o papel das instituições financeiras como fomentadores de atividades sustentáveis. Conforme BENJAMIN:

A Lei nº 6.938/1981 define como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. O vocábulo é amplo e inclui aqueles que diretamente causam o dano ambiental (o fazendeiro, o industrial, o madeireiro, o minerador, o especulador), bem como os que indiretamente com ele contribuem, facilitando ou viabilizando a ocorrência do prejuízo (o banco, o órgão público licenciador, o engenheiro, o arquiteto, o incorporador, o corretor, o transportador, para citar alguns personagens).⁵⁵³

Discute-se se há viabilidade jurídica, ou mesmo conveniência em termos de política

⁵⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. Responsabilidade pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, nº 9, p. 37, jan./mar. 1998.

ambiental, de responsabilização das instituições financeiras por danos ambientais decorrentes de obras ou projetos por elas financiados.

A discussão é deveras importante, pois, tratando-se de responsabilidade objetiva, em que não se perquire culpa ou dolo, uma vez estabelecido o nexo de causalidade, mesmo que indiretamente ou com menor grau de causalidade, a responsabilidade poderá ser aplicada integralmente. Veja o exemplo no voto do Relator do Recurso Especial 647.493-SC:

Permanece a responsabilidade solidária entre as mineradoras que houverem poluído, ainda que de forma indireta, uma mesma extensão de terra, independentemente de qual foi sua contribuição para a degradação dessa área. Não importa que uma empresa tenha poluído mais que outra, pois, se de alguma forma contribuiu para o dano numa mesma localidade, serão ambas solidariamente responsáveis pela reparação.

Mais recentemente, a 2ª Turma do E. STJ, tratando de responsabilidade do Estado por danos ambientais, firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada. Porém deixou claro que a responsabilidade solidária por nexo causal indireto somente se aplica quando houver omissão no dever legal de agir. Confira-se trecho do voto do Min. Relator Herman Benjamin:

Nesse contexto, forçoso reconhecer a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. *Ocorre aí inexecução de uma obrigação de agir por quem tinha o dever de atuar.* Agir no sentido de prevenir (e, cada vez mais, se fala em precaução), mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. A responsabilização estatal decorre de omissão que desrespeita estipulação *ex vi legis*, expressa ou implícita, fazendo tábula rasa do dever legal de controle e fiscalização da degradação ambiental, prerrogativa essa em que o Estado detém quase um monopólio. *Ao omitir-se contribui, mesmo que indiretamente*, para a ocorrência, consolidação ou agravamento do dano. Importa ressaltar, mais uma vez, que não há porque investigar culpa ou dolo do Estado (exceto para fins de responsabilização pessoal do agente público), pois não se sai do domínio da responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, que afasta o regime comum, baseado no elemento subjetivo, de responsabilização da Administração por comportamento omissivo.⁵⁵⁴ (grifos nossos)

Mais adiante no voto:

Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, *equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros*

⁵⁵⁴ REsp nº 1.071.741 -SP (2008/0146043-5), Min. Rel. Herman Benjamin, j. em 16.12.2010.

*fazem.*⁵⁵⁵ (grifos nossos)

Assim, o nexo indireto de causalidade na lei ambiental somente se verifica se houver omissão no dever jurídico de agir. Em matéria ambiental, quais seriam os deveres jurídicos de agir das instituições financeiras?⁵⁵⁶

Em primeiro lugar, referimo-nos aos deveres dos estabelecimentos de crédito oficiais regulados no art. 12 da Lei nº 6.938/1981, que em princípio se aplicariam somente às agências de crédito governamentais:

Art 12 - As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Assim, a exigência de licenciamento ambiental do art. 12 da Lei nº 6.938/1981 seria aplicável apenas a financiamentos por entidades governamentais, e não a financiadores privados. Não há referência às instituições privadas, que não estariam submetidas ao dever legal em questão, não obstante adotem com frequência a análise de licenças ambientais como parte de políticas socioambientais voluntárias⁵⁵⁷.

Outra conclusão que decorre da leitura do art. 12 é a limitação do seu conteúdo às operações consideradas de financiamento. Com efeito, importa distinguir a concessão de empréstimos da concessão de financiamentos. A primeira consiste na disponibilização de crédito para clientes, pessoas físicas ou jurídicas, para usos gerais, sem definição de uma destinação específica (por exemplo, capital de giro, linha de crédito, cheque especial etc.). Não existe nessas operações sequer a possibilidade de a instituição financeira vir a conhecer o emprego dos recursos, portanto não há como responsabilizá-las indiretamente pelo uso dos recursos. Já o financiamento, muitas vezes contratado no contexto de um “*project finance*”, tem destinação a uma finalidade específica, que é conhecida, analisada e aprovada pelo banco no contexto da avaliação do projeto. Trata-se, muitas vezes, da construção, implantação, expansão de unidades de produção ou infraestrutura. Conforme PEREIRA, “o conhecimento da destinação dos recursos é extremamente relevante, eis que baliza a adoção

⁵⁵⁵ REsp nº 1.071.741 -SP (2008/0146043-5), Min. Rel. Herman Benjamin, j. em 16.12.2010.

⁵⁵⁶ Em matéria de corrupção, analisaremos os deveres jurídicos de agir das instituições financeiras no item 8.3, infra.

⁵⁵⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 36.

das diligências socioambientais legalmente exigíveis pela instituição financeira”⁵⁵⁸.

Se o art. 12 da Lei nº 6.938/1981 não se aplica às instituições financeiras privadas, quais outros deveres legais seriam a elas aplicados?

Em primeiro lugar, o art. 2º, § 4º, da Lei nº 11.105/2015 (Política Nacional de Biossegurança) estabelece que “as organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no *caput* deste artigo [organismos geneticamente modificados] devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem coresponsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação”.

Além disso, a Resolução do CMN 3.598/2008, com a redação alterada pela Resolução CMN 4.422/2015, que trata do crédito rural, exige a apresentação de uma série de documentos de regularidade ambiental para a concessão de crédito rural.

Ademais, a Resolução CMN nº 4.327/2014 dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras, que obrigam as instituições financeiras a criarem estruturas de governança e gerenciamento de riscos socioambientais e, por consequência, pode ser invocada em casos de omissões que venham a representar quebra do dever legal de cautela para fins dos danos ambientais indiretos.

Nesses casos, devem as instituições financeiras exigir dos interessados em obter financiamentos a apresentação de documentos públicos comprobatórios da conformidade do empreendimento à legislação ambiental. Falhando com esse dever, podem ser responsabilizadas como causados indiretos dos danos ambientais.

NUSDEO sintetiza a questão (que mais adiante será transportada para o contexto da Lei Anticorrupção Brasileira):

Entendo que a caracterização de um causador indireto de dano ambiental, que não está ligado ao dano pelo exercício de uma atividade de risco, exige sua vinculação ao dano por um nexo de causalidade caracterizado: 1) pela efetiva contribuição ao

⁵⁵⁸ PEREIRA, Annette Martinelli de Matos. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a Resolução CMN 4327/2014. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças Sustentáveis e a Responsabilidade Socioambiental das Instituições Financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 36.

dano e 2) pela violação de um dever legal específico cujo cumprimento teria evitado a ocorrência do dano ou promovido sua mitigação.⁵⁵⁹

Então, havendo o nexo indireto de causalidade para o dano ambiental, a responsabilidade do financiador seria objetiva ou subjetiva? A resposta pode variar a depender do tipo de dano causado. Primeiramente, as instituições financeiras podem ser responsabilizadas pelos danos diretos causados por seus próprios atos (danos decorrentes de sua operação interna, por exemplo, instalações físicas, consumos de escritório, *data centers* etc.). Nesse caso, a responsabilidade será objetiva, o que parece estar pacífico na doutrina⁵⁶⁰. Mas naturalmente esse não é o foco central da discussão, visto que as atividades das instituições financeiras normalmente são de baixo impacto para o meio ambiente.

Há uma segunda forma de responsabilização das instituições financeiras, que gera maior controvérsia e preocupação: em decorrência da prestação de financiamentos e empréstimos para clientes que necessitem de crédito para viabilizar seus empreendimentos, empreendimentos esses que podem ter alto impacto ambiental. Haveria, em tese, o nexo indireto de causalidade entre as ações da instituição financeira e o dano ambiental. Nesse caso, parte majoritária da doutrina entende que a responsabilidade seria subjetiva (ou objetiva com possibilidade de rompimento do nexo causal), dependendo da culpa da instituição financeira, de modo que a demonstração de que a instituição cumpriu seus deveres legais e atuou de forma diligente e adequada para atestar o cumprimento da legislação ambiental, bem como identificar e mitigar os riscos ambientais dos seus clientes, no final do dia, poderá eliminar a responsabilização⁵⁶¹. Em outras palavras, quem financia teria a obrigação de averiguar se o financiado está cumprindo a legislação ambiental, no momento do financiamento.

A responsabilização objetiva das instituições financeiras por danos ambientais indiretos, sem a possibilidade de exclusão de responsabilidade por atos de diligência e boas

⁵⁵⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2011; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 36.

⁵⁶⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, op. cit., p. 36.

⁵⁶¹ FERREIRA, Eduardo de Campos; MADASI, Ana Cecília. *A transdisciplinaridade da responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 36; YOSHIDA, Consuelo Moromizato. Responsabilidade das instituições financeiras: da atuação reativa à atuação preventiva. In: OLIVEIRA, Carina Costa de (org.). *Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro, FGV, 2012.

práticas socioambientais, criaria uma ineficiência econômica para todo o sistema financeiro e de crédito, e ao final para toda a sociedade. A exposição excessiva ao risco legal de responsabilização indireta teria o condão de afastar as instituições dispostas ao financiamento de atividades e investimentos, traduzindo-se em encarecimento do crédito e desaceleração econômica. GRACER e TREANOR⁵⁶² relatam o impacto econômico do caso emblemático da década de 1990 *Unites States v. Fleet Factors Corp.*⁵⁶³, que imputou responsabilidade a uma instituição financeira por ter estendido crédito a uma empresa que descartou lixo irregularmente. Segundo os autores, muitos bancos imediatamente anunciaram que interromperiam suas linhas de crédito para negócios ambientalmente sensíveis, e 62,5% dos bancos haviam rejeitaram pedidos de abertura de crédito para empreendimentos que pudessem ter risco de contaminação ou dano ambiental.

Conforme PEREIRA,

o estabelecimento praticamente automático do nexo de causalidade decorrente da simples concessão do financiamento para atribuir às instituições financeiras o status de poluidor indireto é inadequada para a apuração da responsabilidade civil das instituições financeiras. Tais teorias [do risco integral] alargam indevidamente o conceito de poluidor indireto e desconsideram o dever de diligência na concessão de financiamentos como excludentes de nexo causal, e conseqüentemente da responsabilidade civil.⁵⁶⁴

Pior ainda, o alargamento excessivo do conceito de poluidor indireto pode induzir à não-responsabilização dos proprietários e operadores de atividades poluidoras, caso as instituições financeiras sejam sempre chamadas a responder pelos danos ambientais. Além disso, não haveria incentivo para as instituições financeiras adotarem medidas indutoras de boas práticas ambientais, caso seus esforços não fossem reconhecidos como capazes de desconstituir o nexo causal e afastar sua responsabilização.

Nas palavras de PEREIRA:

Somente se cogitaria sobre a existência do risco criado se a instituição financeira concedesse financiamento em descumprimento dos deveres de diligência impostos a ela legalmente. Logo, se a instituição financeira cumpre tal dever, estaria afastado o nexo causal com eventual dano e, conseqüentemente, a responsabilidade civil da instituição financeira. Afinal, cumpridas as diligências

⁵⁶² GRACER, Jeffrey; TREANOR, Victoria Shiah. Managing lender liability: lessons from the U.S. perspective. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 144.

⁵⁶³ 901 F.2d 1550 (11th Cir. 1990).

⁵⁶⁴ PEREIRA, Annette Martinelli de Matos. A responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras e a resolução CMN 4327/2014. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 144.

legalmente impostas, não haveria conduta possível a ser adotada pela instituição financeira que se prestasse a evitar a ocorrência do dano.⁵⁶⁵

Sob a ótica da análise econômica do Direito de CALABRESI⁵⁶⁶, diz-se que a norma de responsabilidade é eficiente quando os custos de prevenção do dano são alocados àquele que pode evitá-los ou arcar com seus efeitos com o menor custo possível (“*the cheapest cost avoider*”). A alocação de um custo ao ator econômico capaz de melhor lidar com esse custo é uma premissa microeconômica básica e nesse sentido cada atividade econômica deveria arcar com os custos privados e sociais gerados por sua operação e os preços dos produtos e serviços deveriam refletir esses custos. Nesse raciocínio, as instituições financeiras não detêm controle direto sobre os riscos socioambientais dos projetos que financiam, de forma que não são os “*cheapest cost avoiders*” dos danos socioambientais.

Nas palavras de PELÚCIO⁵⁶⁷, “a responsabilidade ambiental direta solidária ilimitada dos bancos é claramente uma regra de responsabilidade fonte de incentivos microeconômicos de comportamentos ineficientes”. Responsabilizar as instituições financeiras por danos ambientais gerados por seus clientes sem a definição prévia e justa de critérios objetivos e razoáveis “é, no mínimo, irresponsável do ponto de vista da análise econômica do Direito”.

Em conclusão, sabemos que as instituições financeiras devem conceder crédito com responsabilidade e observar as diligências legais que lhes são impostas. É evidente a importância da responsabilidade social e ambiental das instituições financeiras, à medida que os projetos financiados por elas contribuem diretamente para as mudanças climáticas, a destruição do meio ambiente e a diminuição da qualidade de vida dos seres humanos. Contudo não se pode imputar a elas a responsabilidade de reparação de todos os danos ambientais que possam vir a ser causados por seus clientes, de forma automática e ilimitada. Como a concessão de financiamento não torna automaticamente a instituição financeira poluidora indireta, deve-se analisar, no caso concreto, o cumprimento das diligências legais que delas se exige. Se cumprido o dever de diligência, não há o “risco criado” nem relação

⁵⁶⁵ PEREIRA, Annette Martinelli de Matos, op. cit., p. 147.

⁵⁶⁶ CALABRESI, Guido. *The costs of accidents*. The Carl Purington Rollins Printing Office, U.S.A., p. 22-23; CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, vol. 70, nº 4, mar. 1961.

⁵⁶⁷ PELÚCIO, Aline Pacheco. A análise econômica do direito e a necessidade de definição de critérios objetivos para a imputação da responsabilidade ambiental das instituições financeiras. In: YOSHIDA, Consuelo Moromizato et al. (org.). *Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 169.

de causalidade entre eventual dano e a conduta do poluidor indireto, ficando afastada a possibilidade de responsabilização do banco⁵⁶⁸.

8.2 CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES NA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

No que tange à responsabilidade dos financiadores por atos lesivos à Administração Pública, a Lei Anticorrupção Brasileira representa novidade para o Direito brasileiro, pois o art. 5º, inc. II, não encontra paralelo no Código Penal ou na Lei de Improbidade Administrativa como infração autônoma.

O inc. II do art. 5º trata da responsabilidade dos financiadores que de alguma forma venham a colaborar com a prática dos atos ilícitos da Lei Anticorrupção Brasileira. Inicialmente, chama atenção, por sua redundância, a inclusão do advérbio “*comprovadamente*”. Em qualquer caso, parece óbvia a impossibilidade de aplicação de sanção sem que exista a inequívoca comprovação do ilícito. No Estado de Direito, não se pune qualquer pessoa sem a demonstração cabal da prática do ilícito, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Os verbos nucleares “financiar”, “custear”, “patrocinar” ou “subvencionar” sugerem a existência de infrações de mera conduta, desnecessária a verificação do resultado para sua ocorrência. As condutas referem-se ao ato de fornecer dinheiro, bens ou créditos que se mostrem necessários ou correlatos com a prática da infração, ou mesmo prestar ajuda ou subsídios. No entanto, para a configuração do ilícito, não basta simplesmente a concessão do financiamento, é necessária participação ativa ou envolvimento direto com vistas a viabilizar o ato de corrupção. Confira-se nas palavras de SANTOS, BERTONCINI e CUSTÓDIO FILHO:

a pessoa jurídica que conspira ou é cúmplice mediante incitamento para a prática

⁵⁶⁸ Encontramos alguns julgados corroborando este posicionamento. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao avaliar o caso de financiamento de obra pública pela Caixa Econômica Federal, entendeu que a instituição financeira não poderia ser responsabilizada pela reparação de danos ambientais por ser mera financiadora da obra, não sendo responsável pelo projeto ou sua construção (TRF1, Agravo de Instrumento nº 19970100064334, 2ª Turma, juiz Antônio Savio Chaves, j. em 11/12/2000). Em decisão de 2003, o mesmo Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que o BNDES não deveria responder por danos ambientais causados por atividade mineradora de cliente pelo simples fato de ter concedido financiamento, mas que poderia vir a ser considerado poluidor indireto se ficasse comprovado que, mesmo ciente dos danos ambientais, o BNDES houvesse liberado parcelas intermediárias ou finais de recursos para a exploração mineral da empresa (TRF1, Quinta Turma, Agrado de Instrumento nº 200201000363291, Des. Fed. Fagundes de Deus, j. em 19/12/2003).

de corrupção pode ser responsabilizada [...] nota-se que o delito de incitamento para a prática de corrupção de funcionário público nacional ou estrangeiro, mediante o financiamento, o custeamento, o patrocínio ou a subvenção, é delito material, exigindo para a sua configuração a comprovação desse estímulo para a prática da corrupção.⁵⁶⁹

Dessa forma, seria preciso comprovar não apenas os atos comissivos atribuíveis ao financiador (financiar, custear, patrocinar ou subvencionar), como o especial fim de praticar os atos ilícitos do art. 5º, atos esses cometidos por terceira pessoa (física ou jurídica) financiada, custeada, patrocinada ou subvencionada pelo cúmplice no ato de corrupção. Portanto, para a configuração do ilícito do inc. II do art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira, é necessário comprovar dois requisitos:

- i. que a pessoa jurídica financie, custeie, patrocine ou subvencione a prática de qualquer ato de corrupção do art. 5º;
- ii. que essas ações tenham o propósito (finalidade específica) de colaborar ou instigar a prática, por outra pessoa (natural ou jurídica), dos atos lesivos previstos nos incisos I, III, IV, e V do art. 5º.

Desse modo, embora o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira disponha que as pessoas jurídicas respondam objetivamente pelos atos lesivos do art. 5º (incluindo o inc. II), entendemos que o caso específico dos financiadores não seria verdadeiramente de responsabilidade objetiva, pois requer a participação direta e a intenção específica de financiar, custear, patrocinar ou subvencionar um ato ilícito de terceiro, o que se aproxima muito da noção de responsabilidade subjetiva.

Seria o caso, por exemplo, do financiador de um projeto (por exemplo, um *project finance* de grande obra pública) que, revisando a planilha de custos do projeto e tomando conhecimento de que um dos itens a serem financiados é a propina a ser paga a autoridades ambientais para o licenciamento do projeto, ainda assim prossegue com o financiamento com o intuito de viabilizar o projeto e, conseqüentemente, viabiliza o pagamento da propina. Ou, então, o caso do banco que oferece crédito a um licitante para financiar o pagamento de propina a agente público para que organize licitação fraudulenta, sabendo da natureza fraudulenta da licitação.

Estaríamos diante da figura do corruptor indireto, sem o qual a propina não teria se

⁵⁶⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara, op. cit., p. 124.

viabilizado, a exemplo do que ocorre com a figura do poluidor indireto no Direito ambiental, com uma diferença importantíssima: no caso da Lei Anticorrupção Brasileira, a responsabilização do corruptor indireto depende necessariamente de comprovação do conhecimento e intenção específica de financiar o ato ilícito.

8.3 RESPONSABILIDADE DOS FINANCIADORES: DILIGÊNCIA E DEVERES LEGAIS

Tendo esclarecido acima que a responsabilidade do financiador decorrente do art. 5º, inc. II, depende da intenção específica de financiar ato de corrupção do seu cliente após o conhecimento efetivo do ato de corrupção, ou ao menos a possibilidade de conhecê-lo após diligência razoável, indaga-se sobre quais seriam os parâmetros de uma diligência razoável pela instituição financeira.

A nosso ver, os parâmetros de uma diligência razoável a serem seguidos por uma instituição financeira são aqueles decorrentes da legislação e regulamentação bancária a ela aplicáveis, incluindo normativos do Banco Central. Nada mais. Por se tratar de norma sancionadora, em que vigora o princípio da estrita legalidade, não podemos trabalhar com parâmetros de responsabilização amorfos, com conceitos amplos e vagos. Por exemplo, não podemos utilizar, para fins da Lei Anticorrupção Brasileira, parâmetros de diligência de relações patrimoniais do Direito comercial e civil, tais como o parâmetro da “*diligência do homem ativo e probo*” (aplicável para fins de responsabilização civil de administradores conforme art. 1.011 do Código Civil e art. 153 da Lei das Sociedades por Ações). Entendemos que, caso o financiador não tenha conhecimento efetivo do uso dos recursos para a prática de atos ilícitos e tenha cumprido seus deveres legais oriundos de normativos de lavagem de dinheiro, identificação de operações suspeitas, *know your client* etc., tal financiador não poderá ser responsabilizado administrativamente por atos de corrupção de seus clientes em decorrência do art. 5º, inc. II, da Lei Anticorrupção Brasileira.

E quais seriam essas leis e regulamentações bancárias tratando de identificação e prevenção de atos de corrupção? Em linhas gerais, as instituições financeiras estão sujeitas a procedimentos de verificação e controle no que diz respeito à prevenção à lavagem de dinheiro, requisitos sobre identificação de clientes (*know-your-client*), reporte de informações suspeitas, políticas de gerenciamento de riscos, implementação de sistemas de controles internos e estabelecimento de ouvidoria. A seguir, analisamos essas exigências

prudenciais regulatórias.

Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro

Em primeiro lugar, as instituições financeiras devem cumprir as normas e procedimentos aplicáveis à prevenção da lavagem de dinheiro, conforme previstos na Lei nº 9.613/98, posteriormente modificada pela Lei nº 12.683/12 (a chamada Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro). A Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro é o principal diploma normativo acerca da prevenção aos crimes relacionados à ocultação de bens, direitos e/ou valores (“lavagem”), contemplando, entre outros assuntos, a descrição dos diferentes tipos penais e as respectivas penas aplicáveis aos infratores⁵⁷⁰.

Tal normativo também criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (o “COAF”), órgão de deliberação coletiva com jurisdição em todo território nacional vinculado ao Ministério da Economia, que tem por função primordial receber, examinar e identificar as suspeitas de ocorrência de atividades ilícitas previstas na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, bem como aplicar penalidades administrativas.

Justamente com o intuito de prevenir a ocorrência do crime de ocultação de bens, direitos e/ou valores, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro exige que determinadas pessoas físicas e jurídicas, entre elas as entidades cujo funcionamento depende de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros, estão sujeitas ao cumprimento de certas medidas, entre as quais: (i) identificação dos respectivos clientes (*know-your-client*); (ii) manutenção de registros das operações realizadas por tais clientes; (iii) comunicação de operações financeiras ao COAF.

⁵⁷⁰ De acordo com a redação original da lei, constituía crime “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”, de um dos seguintes *crimes* (rol taxativo): (i) de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; (ii) de terrorismo e seu financiamento; (iii) de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; (iv) de extorsão mediante seqüestro; (v) contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; (vi) contra o sistema financeiro nacional; (vii) praticado por organização criminosa; ou (viii) praticado por particular contra a administração pública estrangeira. Com a reforma de 2012 (Lei nº 12.683/12), expandiu-se o âmbito de aplicação da lei, passando a incorrer no crime de lavagem de dinheiro quem “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de *infração penal*”, de forma que não se exige a configuração de um crime especificamente (basta que seja infração penal) e não existe mais um rol taxativo dos crimes antecedentes.

Identificação de clientes

Com relação à identificação de clientes, as pessoas sujeitas ao cumprimento da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro devem identificar os seus respectivos clientes, bem como manter cadastro atualizado de tais clientes pelo prazo mínimo de cinco anos⁵⁷¹ contados a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, de acordo com regulamentação especial emitida pelas autoridades competentes.

Manutenção de registros

Já no que se refere à manutenção de registros de transações, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro dispõe que as pessoas a ela sujeitas devem manter registro de toda transação realizada por clientes em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente, pelo mesmo período de cinco anos acima mencionado.

Comunicação de operações

Para fins de comunicação de operações financeiras, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro exige comunicação ao COAF, no período de 24 horas e com a manutenção do sigilo com relação à respectiva informação (inclusive com relação ao cliente ao qual tal informação se refere), a proposta ou realização de: (i) todas as transações financeiras mencionadas no parágrafo acima que ultrapassarem o limite fixado pela autoridade competente e (ii) operações que, nos termos da legislação emitida pela autoridade competente, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, ou com eles relacionar-se (as chamadas “operações suspeitas”).

Por fim, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro contém outros requisitos que devem ser cumpridos, principalmente: (i) o atendimento a qualquer requisição formulada pelo COAF, na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, com a manutenção do sigilo das informações prestadas; (ii) a adoção de políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com o porte da respectiva instituição e com o volume de suas

⁵⁷¹ Esse prazo pode ser ampliado pela respectiva autoridade competente.

operações, que permitam o cumprimento dos requisitos previstos na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro; (iii) o cadastramento e a atualização do respectivo cadastro, conforme necessário, junto ao órgão regulador competente ou, na falta deste, junto ao COAF; (iv) a dispensa de especial atenção às operações suspeitas.

Políticas, procedimentos e controles internos

Reforçando o quanto disposto na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, as Instituições Financeiras devem implementar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes previstos na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro. De acordo com a Circular BACEN nº 3.461/09, tais políticas devem: (i) especificar, em documento interno, as responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição; (ii) contemplar a coleta e registro tempestivos de informações sobre clientes, que permitam a identificação dos riscos de ocorrência da prática dos crimes mencionados na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro; (iii) definir os critérios e procedimentos para seleção, treinamento e acompanhamento da situação econômico-financeira dos empregados da instituição; (iv) incluir a análise prévia de novos produtos e serviços, sob a ótica da prevenção dos mencionados crimes.

Importante também mencionar que as políticas devem ser aprovadas pelo conselho de administração da respectiva instituição (ou, na sua ausência, pela diretoria), bem como amplamente divulgadas internamente.

Com relação aos procedimentos e controles internos, estes devem incluir medidas prévia e expressamente estabelecidas que permitam: (i) a confirmação das informações cadastrais dos clientes e a identificação dos beneficiários finais das respectivas operações e (ii) a caracterização (ou não) de clientes como Pessoas Expostas Politicamente – PEP.

Além disso, tais procedimentos e controles devem ser reforçados quando do início de relacionamento com: (i) instituições financeiras, representantes ou correspondentes localizados no exterior, especialmente em países, territórios e dependências que não adotem procedimentos de registro e controle similares aos definidos na Circular BACEN nº 3.461/09, e (ii) clientes cujo contato seja efetuado por meio eletrônico, mediante correspondentes no país ou por outros meios indiretos.

Pessoas Expostas Politicamente – PEP

Um conceito de especial relevância previsto na Circular BACEN nº 3.461/09 é o de “pessoas expostas politicamente”, ou PEP, em relação ao qual certos requisitos devem ser cumpridos. Segundo tal norma, consideram-se PEP os agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiros, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares⁵⁷² e outras pessoas de seu relacionamento próximo.⁵⁷³⁻⁵⁷⁴

De acordo com a Circular BACEN nº 3.461/09, as instituições financeiras devem: (i) obter de seus clientes permanentes⁵⁷⁵ informações que permitam caracterizá-los ou não como PEP e (ii) identificar a origem dos fundos envolvidos nas transações dos clientes assim caracterizados⁵⁷⁶.

⁵⁷² No âmbito da Circular BACEN nº 3.461/09, são considerados familiares os parentes, na linha reta, até o primeiro grau, o cônjuge, o companheiro, a companheira, o enteado e a enteada.

⁵⁷³ Com relação a clientes brasileiros, serão consideradas PEP: (i) os detentores de mandatos eletivos dos poderes executivo e legislativo da União Federal; (ii) os ocupantes de cargo, no poder executivo da União Federal (a) de ministro de estado ou equiparado, (b) de natureza especial ou equivalente, (c) de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; (d) do “Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS)”, nível 6, ou equivalentes; (iii) os membros do Conselho Nacional de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores, dos tribunais regionais federais, do trabalho e eleitorais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal; (iv) os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República, o Vice-Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; (v) os membros do Tribunal de Contas da União e o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União; (vi) os governadores de Estado e do Distrito Federal, os presidentes de tribunal de justiça, de assembleia e câmara legislativa, os presidentes de tribunal de contas de Estado, do Distrito Federal e de município, e de conselho de contas dos municípios; e (vii) os prefeitos e presidentes de câmara municipal de capitais de Estados. Já com relação a clientes estrangeiros, são consideradas PEP as pessoas que exercem ou exerceram funções públicas proeminentes em um país estrangeiro, tais como chefes de estado ou de governo, políticos de alto nível, altos servidores governamentais, judiciais, do legislativo ou militares, dirigentes de empresas públicas ou dirigentes de partidos políticos. Importante mencionar que também estão incluídos no conceito de PEP qualquer pessoa que exerce ou exerceu função de alta administração em uma organização internacional de qualquer natureza, assim considerados diretores, subdiretores, membros de conselho ou funções equivalentes.

⁵⁷⁴ A Carta-Circular BACEN nº 3.430/10 cita como exemplos de situações que caracterizam relacionamento próximo e, conseqüentemente, acarretam o enquadramento do cliente permanente como PEP as seguintes: (i) constituição de PEP como procurador ou preposto; (ii) ser controlado, direta ou indiretamente, por PEP (nos casos de clientes pessoas jurídicas); e (iii) movimentação habitual de recursos financeiros de ou para PEP, não justificada por eventos econômicos.

⁵⁷⁵ Parar fins de da Circular Bacen nº 3.461/09, considera-se cliente eventual ou permanente qualquer pessoa natural ou jurídica com a qual seja mantido relacionamento em caráter eventual ou permanente, respectivamente, destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira. Além disso, a Carta-Circular BACEN nº 3.430/10, contém exemplos de serviços ou operações que acarretam o enquadramento do cliente como permanente ou eventual.

⁵⁷⁶ Com relação a clientes estrangeiros, o cumprimento dos requisitos acima mencionados deve abranger pelo menos uma das seguintes providências: (i) solicitação de declaração expressa do cliente a respeito da sua classificação; (ii) pesquisa abrangendo informações publicamente disponíveis; (iii) consulta a bases de dados

Registros de serviços financeiros e operações financeiras

A Circular BACEN nº 3.461/09 também exige, em consonância com o quanto disposto na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, que as instituições financeiras mantenham registros de todos os serviços financeiros prestados e de todas as operações financeiras realizadas com os clientes ou em seu nome.

O sistema de registros deve permitir a identificação: (i) das operações que, realizadas com uma mesma pessoa, conglomerado financeiro ou grupo, em um mesmo mês calendário, superem, por instituição ou entidade, em seu conjunto, o valor de R\$ 10.000,00 e (ii) das operações que, por sua habitualidade, valor ou forma, configurem artifício que objetive burlar os mecanismos de identificação, controle e registro.

Adicionalmente, no caso de movimentação de recursos por clientes permanentes, os registros devem conter informações consolidadas que permitam verificar: (i) a compatibilidade entre a movimentação de recursos e a atividade econômica e capacidade financeira do cliente; (ii) a origem dos recursos movimentados; (iii) os beneficiários finais das movimentações.

Por fim, os registros e informações acima mencionados devem ser mantidos e conservados por um período mínimo de cinco anos, contado a partir do primeiro dia do ano seguinte ao do término do relacionamento com o cliente permanente ou da conclusão da operação.

Especial atenção

De acordo com o quanto disposto na Circular BACEN nº 3.461/09, as instituições financeiras devem dispensar “especial atenção”⁵⁷⁷ a:

comerciais sobre PEP; ou (iv) qualificação, como PEP, de pessoa que exerce ou exerceu funções públicas proeminentes em um país estrangeiro, tais como chefes de estado ou de governo, políticos de alto nível, altos servidores governamentais, judiciais, do legislativo ou militares, dirigentes de empresas públicas ou dirigentes de partidos políticos. Não obstante, caso um cliente estrangeiro da respectiva instituição também seja cliente de instituição financeira estrangeira fiscalizada por entidade governamental assemelhada ao BACEN, admite-se que as providências em relação a PEP sejam adotadas pela instituição estrangeira, desde que seja assegurado ao BACEN o acesso aos respectivos dados e procedimentos.

⁵⁷⁷ A expressão “especial atenção” inclui os seguintes procedimentos: (i) monitoramento contínuo reforçado, mediante a adoção de procedimentos mais rigorosos para a apuração de situações suspeitas; (ii) análise com o intuito de verificar a necessidade de comunicação ao COAF; (iii) avaliação, pela alta gerência da respectiva instituição, quanto ao interesse no início ou manutenção do relacionamento com o cliente.

- (i) operações ou propostas cujas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, formas de realização e instrumentos utilizados, ou que, pela falta de fundamento econômico ou legal, indiquem risco de ocorrência dos crimes previstos na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro ou com eles relacionados;
- (ii) propostas de início de relacionamento e operações com PEP de nacionalidade brasileira bem como de países com os quais o Brasil possua elevado número de transações financeiras e comerciais, fronteiras comuns ou proximidade étnica, linguística ou política;
- (iii) indícios de descumprimento aos procedimentos de identificação e registro estabelecidos na Circular BACEN nº 3.461/09;
- (iv) clientes e operações em relação aos quais não seja possível identificar o beneficiário final;
- (v) operações provenientes ou destinadas a países ou territórios que aplicam de forma insuficiente as recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), conforme informações divulgadas pelo BACEN;
- (vi) situações em que não seja possível manter atualizadas as informações cadastrais dos clientes.

Comunicação de certos eventos ao COAF

Um requisito especialmente relevante constante da Circular BACEN nº 3.461/09 consiste na obrigatoriedade de comunicação sobre a ocorrência de certos eventos ao COAF. Nesse sentido, as Instituições de Pagamento devem informar ao COAF, até o dia útil seguinte e na forma determinada pelo BACEN, sem que seja dada ciência de tal comunicação aos envolvidos ou a quaisquer terceiros, a ocorrência dos seguintes eventos:

- (i) a emissão ou recarga de valores em um ou mais cartões pré-pagos, em montante acumulado igual ou superior a R\$ 50.000,00 ou o equivalente em moeda estrangeira, no período de um mês, no caso de operações em espécie;
- (ii) o depósito em espécie, o saque em espécie, o saque em espécie por meio de cartão pré-pago ou o pedido de provisionamento para saque, de valor igual ou superior a R\$ 50.000,00;
- (iii) as operações realizadas ou serviços prestados cujo valor seja igual ou

- superior a R\$ 10.000,00 e que, considerando as partes envolvidas, os valores, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamentação econômica ou legal, possam configurar a existência de indícios dos crimes previstos na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro;
- (iv) as operações realizadas ou serviços prestados que, por sua habitualidade, valor ou forma, configurem artifício que tenha por objetivo os mecanismos de identificação, controle e registro;
 - (v) as operações realizadas ou os serviços prestados, independentemente do valor, a pessoas que reconhecidamente tenham perpetrado ou tentado perpetrar atos terroristas ou neles participado ou facilitado o seu cometimento, bem como a existência de recursos pertencentes ou por eles controlados direta ou indiretamente⁵⁷⁸;
 - (vi) os atos suspeitos de financiamento do terrorismo;
 - (vii) a proposta de realização de quaisquer das operações mencionadas nos itens (i) a (vii) acima.

As comunicações relativas a clientes identificados como PEP devem expressamente mencionar tal informação. Além disso, as instituições financeiras devem manter, pelo período de cinco anos, os respectivos documentos relacionados às análises de operações ou propostas que fundamentaram a decisão de realizar (ou não) a comunicação de operações ao COAF.

Diretor Responsável

Pela especial relevância de seu objeto, bem como do grande número de procedimentos e medidas que enumera, a Circular BACEN nº 3.461/09 determina que as instituições financeiras devem indicar, perante o BACEN, um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas nela descritas, inclusive com relação à comunicação de operações ao COAF. Tal diretor pode desempenhar outras funções na respectiva instituição, exceto aquelas relacionadas à administração de recursos de terceiros. Vale lembrar que a existência de um “diretor responsável” nos termos da Circular BACEN nº 3.461/09 não elimina o dever de diligência e a responsabilidade dos demais

⁵⁷⁸ Esse dispositivo também é aplicável às entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas, bem como por pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando.

administradores nos termos da Lei das Sociedades por Ações, como estudado acima.

Implementação de sistemas de controles internos

Por disposição expressa constante da Circular BACEN nº 3.681/13, a Resolução CMN nº 2.554/98 exige que as instituições financeiras implementem controles internos com relação: (i) às atividades por elas desenvolvidas; (ii) aos seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais; (iii) ao cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis a tais instituições.

Além disso, tal norma dispõe que os controles internos, independentemente do porte da instituição, devem ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações realizadas pela respectiva instituição.

Ao implementar os controles internos, a diretoria deve promover elevados padrões éticos e de integridade, bem como uma cultura organizacional que demonstre e enfatize, a todos os empregados, a importância dos controles internos e o papel de cada indivíduo em tal processo. Os controles internos, cujas regras e procedimentos devem ser acessíveis a todos os empregados da instituição, de forma a assegurar o conhecimento de seu teor e a respectiva função e as responsabilidades atribuídas aos diversos níveis da organização, devem prever: (i) a definição de responsabilidades dentro da instituição; (ii) a segregação das atividades atribuídas aos integrantes da instituição, de forma a evitar o conflito de interesses, bem como criar meios de minimizar e monitorar adequadamente áreas nas quais exista uma maior probabilidade de ocorrência de conflito de conflito; (iii) os meios de identificar e avaliar fatores internos e externos que possam afetar adversamente a realização dos objetivos da instituição; (iv) a existência de canais de comunicação que assegurem aos empregados, segundo o correspondente nível de atuação, o acesso a informações confiáveis, tempestivas e compreensíveis consideradas relevantes para o desempenho de suas tarefas e responsabilidades; (v) a contínua avaliação dos diversos riscos associados às atividades da instituição; (vi) o acompanhamento sistemático das atividades desenvolvidas, para que seja possível avaliar se os objetivos da instituição estão sendo alcançados, se os limites estabelecidos e as leis e regulamentos aplicáveis estão sendo cumpridos, bem como assegurar que quaisquer desvios possam ser prontamente corrigidos; (viii) a existência de testes periódicos de segurança para os sistemas de informações, em especial para os mantidos em meio eletrônico.

Estabelecimento de ouvidoria

Recentemente, em 27 de julho de 2015, foi emitida a Resolução CMN nº 4.433/15, que dispõe sobre a instituição de ouvidoria por instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo BACEN que tenham como clientes pessoas físicas ou pessoas jurídicas classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte.

Segundo a Resolução CMN nº 4.433/15, são atribuições da ouvidoria: (i) prestar atendimento de última instância às demandas dos clientes e usuários de produtos e serviços que não tiverem sido solucionadas nos canais de atendimento primário da instituição; (ii) atuar como canal de comunicação entre a instituição e os clientes e usuários de produtos e serviços, inclusive na mediação de conflitos; (iii) informar o conselho de administração ou, na sua ausência, a diretoria da instituição a respeito das atividades de ouvidoria.

Além disso, também compete a tal órgão: (i) atender, registrar, instruir, analisar e dar tratamento formal e adequado às demandas dos clientes e usuários de produtos e serviços; (ii) prestar esclarecimentos aos demandantes acerca do andamento das demandas, informando o prazo previsto para resposta; (iii) encaminhar resposta conclusiva para a demanda no prazo previsto; (iv) manter o conselho de administração ou, na sua ausência, a diretoria da instituição informada sobre os problemas e deficiências detectados no cumprimento de suas atribuições e sobre o resultado das medidas adotadas pelos administradores da instituição para solucioná-los; (v) elaborar e encaminhar à auditoria interna, ao comitê de auditoria, quando existente, e ao conselho de administração ou, na sua ausência, à diretoria da instituição, ao final de cada semestre, relatório quantitativo e qualitativo acerca das atividades desenvolvidas pela ouvidoria no cumprimento de suas atribuições.

Além do quanto acima disposto, as instituições financeiras devem designar, perante o BACEN, um ouvidor e um diretor responsável pela ouvidoria. Tal diretor pode desempenhar outras funções na respectiva instituição, inclusive a de ouvidor, exceto a de diretor de administração de recursos de terceiros. Adicionalmente, o ouvidor também pode desempenhar outras atividades da instituição, desde que tais atividades não configurem conflito de interesses ou de atribuições com relação às suas funções de ouvidor.

Conexão com a Lei Anticorrupção Brasileira

A essa altura, o leitor pode estar se indagando: numa tese sobre corrupção e responsabilidade do financiador por ilícitos administrativos, por que gastar tantas páginas descrevendo a regulamentação bancária? A resposta é simples: porque entendemos que, não tendo conhecimento efetivo dos atos de corrupção de seus clientes e cumprindo toda a regulamentação bancária no tocante à prevenção à lavagem de dinheiro, identificação de clientes e PEPs, reporte de operações suspeitas e manutenção de registros e documentos, as instituições financeiras não poderiam ser responsabilizadas pelo ilícito do art. 5º, inc. II, da Lei Anticorrupção Brasileira. A atividade bancária já é altamente regulamentada e a Lei Anticorrupção Brasileira não tem o condão de impor às instituições financeiras requisitos adicionais, ou padrões mais elevados de diligência, na luta contra a corrupção.

Como medida de boa prática, poderia ser sugerida a adoção de mecanismos adicionais de verificação, tais como a verificação, antes da concessão de qualquer financiamento, de se o cliente se encontra listado no Cadastro de Empresas Inidôneas ou Suspensas (CEIS) ou no Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP) da Controladoria-Geral da União. Essa certamente seria uma prática recomendável.

Em determinadas circunstâncias, poderia ser recomendável a verificação do histórico dos acionistas e gestores, os chamados “*background checks*”, investigando, por meio de buscas em bases de dados públicas, a existência de qualquer fato ou notícia desabonadora ou pontos de preocupação.

No entanto entendemos que essas medidas seriam meras recomendações de prudência e sua não realização não violaria nenhuma exigência legal ou infralegal aplicável às instituições financeiras e portanto não poderia ser utilizada para atribuição de responsabilidade aos bancos ao amparo do art. 5º, inc. II, da Lei Anticorrupção Brasileira.

9 A EMPRESA E O EMPRESÁRIO PERANTE A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte (Montesquieu)

Para a correta aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, tem que se ter em mente a diferença entre a empresa, o empresário e a sociedade empresária, pois, a nosso ver, o sistema de sistema de combate à corrupção deve se preocupar com a preservação da empresa (não o empresário ou a sociedade empresária), com base nos princípios da função social da propriedade e da empresa, que são princípios constitucionais da nossa ordem econômica pátria. Afinal de contas, numa economia capitalista como a nossa, a empresa é fonte de riqueza, empregos, tributos e desenvolvimento econômico.

Assim, há interesse na preservação da empresa como atividade, mesmo nos casos de falência do sujeito⁵⁷⁹, sendo necessário “dissociar a ruína da empresa da ruína do empresário, [...] permitindo que a primeira sobreviva ao último”⁵⁸⁰. Portanto o segredo está em encontrar formas econômica e socialmente adequadas de apenamento do sujeito corruptor (empresário), preservando a fonte produtiva (empresa), pois, ao seguir desenvolvendo suas atividades, a empresa poderá adimplir eventuais dívidas com a Administração Pública de forma ainda mais eficiente.

Conforme ASQUINI, o conceito de empresa reporta a um “fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”⁵⁸¹. Tal autor enxergou a empresa, perante o Direito, sob quatro perfis: (i) perfil subjetivo, como sujeito de direito, identificando-a, portanto, com a figura do empresário; (ii) perfil corporativo ou institucional, como organismo envolvendo as relações jurídicas internas entre o empresário e seus colaboradores; (iii) perfil objetivo ou

⁵⁷⁹ SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

⁵⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

⁵⁸¹ ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1943, v. 41, I. Trad. de COMPARATO, Fábio K. *Revista de Direito Mercantil*, 104, p. 109.

patrimonial, como objeto de direito, materializando-se pelo conjunto de bens nela reunidos e correspondendo à noção de estabelecimento comercial ou patrimônio especial do empresário; (iv) perfil funcional, como atividade profissional desenvolvida de forma organizada com finalidade de lucro⁵⁸².

Assim como o Código Civil italiano, o Código Civil brasileiro não definiu a empresa, mas o empresário, isto é aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966), exceto quem “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (art. 966, § único).

Conceito diverso é o da sociedade (empresária ou não). A sociedade anônima, sociedade limitada ou outro tipo jurídico escolhido como veículo societário para agasalhar a atividade empresária nada mais é do que uma “técnica jurídica de organização da empresa”. Nas palavras de COMPARATO, “não há duas entidades, uma jurídica e outra econômica, mas um só fenômeno visto de dois ângulos diferentes”⁵⁸³.

Também diverso é o conceito de estabelecimento, enquanto “complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.142 do Código Civil). Isso inclui, conforme a doutrina⁵⁸⁴, os sinais distintivos e propriedade intelectual (nome comercial, marcas, patentes, *know-how*, desenhos industriais, obras científicas, literárias ou artísticas, software etc.), o ponto comercial, a clientela, e outros itens do aviamento ou “*goodwill*” (enquanto conjunto de fatores pessoais, materiais e imateriais que conferem ao estabelecimento a aptidão de produzir lucro).

Assim, para a correta aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira, as diferentes perspectivas do conceito de empresa, empresário, sociedade e estabelecimento devem ser levadas em consideração. Enquanto sujeito ativo do ato ilícito e conseqüente responsabilização, devemos olhar a empresa pelo seu perfil subjetivo (o empresário enquanto sujeito de direito que pratica o ato ilícito) e assim punir o empresário e sua

⁵⁸² Também ilustrado em GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵⁸³ COMPARATO, Fabio K. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 85.

⁵⁸⁴ BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 158.

sociedade empresária. No entanto, na aplicação das penalidades, devemos preservar, na medida do possível, a atividade empresarial (perfil funcional e patrimonial), assim atendendo ao princípio constitucional da função social da empresa na medida em que se protegem empregos, geração de tributos e riqueza econômica. Salvar e remediar a empresa, mas punir o empresário corrupto.

Entre os projetos de lei que originaram a Lei Anticorrupção Brasileira, havia o Projeto de Lei nº 1.142/2007, que, para aplicação de sanções, dividia as pessoas jurídicas em dois grupos: aquelas cuja atividade exclusiva ou predominante está associada a atos de corrupção e aquelas que desempenham atividades lícitas, mas que praticam atos de corrupção em caráter eventual. Para as primeiras, que praticam atos de corrupção de forma rotineira ou predominante, seria admitida a dissolução compulsória do art. 19, inc. III, dado que não haveria função social da empresa a ser preservada. Por outro giro, às pessoas jurídicas que desenvolvem atividades lícitas, mas praticam atos de corrupção em caráter eventual, não deveria ser aplicada a dissolução compulsória do art. 19, inc. III.

Creemos que tal sistemática do Projeto de Lei nº 1.142/2007 faz sentido. De forma semelhante, deveria ser criada uma norma que estimulasse ou obrigasse a alienação do controle e/ou o afastamento dos empresários/controladores nos casos de atividades sistematicamente corruptas, que não seriam economicamente sustentáveis sem os atos de corrupção.

No entanto, as autoridades brasileiras ainda são tímidas na adoção de medidas mais drásticas, que forcem os empresários corruptos a venderem suas empresas ou ações e afastarem-se da condução dos seus negócios. Na leniência celebrada pelo Grupo Odebrecht, por exemplo, temos notícias de que os procuradores cogitaram obrigar controladores a venderem suas ações e afastarem-se dos negócios após a delação, mas descartaram a ideia com avanço de negociações. Segundo consta, os procuradores desistiram de perseguir essas medidas para não inviabilizar a leniência com a Odebrecht, em que pese restar demonstrado, àquela altura, o envolvimento direto dos executivos e acionistas com o esquema de corrupção que vigia na empresa. Pelo contrário, Emílio Odebrecht, patriarca do grupo, foi autorizado a continuar à frente do Conselho de Administração por dois anos para reorganizá-lo antes de cumprir um período de dois anos de prisão domiciliar (ele somente deixou a

presidência do grupo em 2018).⁵⁸⁵

Tem-se que um dos pilares para a estruturação de um programa de leniência é o receio de punições demasiadamente severas para aqueles que forem condenados. Ou seja, as penas não podem ser vistas como simples custos de se fazer negócio, sendo importante que os riscos percebidos pelos agentes econômicos superem, em muito, as recompensas potenciais. Isso passa tanto pela aplicação de multas severas às empresas infratoras e pela persecução criminal dos indivíduos envolvidos, quanto também por medidas mais drásticas de afastamento de empresários corruptos da cadeia de comando e condução dos negócios.

Sabemos que a Lei Anticorrupção Brasileira não contém expressamente nenhuma penalidade (administrativa ou judicial) que consista na obrigação de os empresários corruptos se afastarem da administração dos negócios ou venderem suas participações societárias e pensamos que essa seria uma boa sugestão *de lege ferenda* para casos extremos, de corrupção sistêmica diretamente atribuível ao empresário ou por ele incentivada.

Fazendo um paralelo com a Lei de Recuperação de Empresas, temos que, durante o procedimento de recuperação judicial, o juiz deverá (por provocação das partes ou de ofício) destituir o devedor⁵⁸⁶ ou o administrador quando (i) houver sido condenado por crime falimentar (arts. 168 a 178 da Lei de Recuperação de Empresas) ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; (ii) houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nos arts. 168 *et seq.* da Lei de Recuperação de Empresas; (iii) houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses dos credores; (iv) praticar atos de dilapidação do patrimônio ou descapitalização da empresa; ou (v) negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do comitê de credores (art. 64)⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Conforme vazamentos de mensagens Intercept Brasil, e reproduzidos em matéria jornalística da *Folha de São Paulo*. Ver: *Lava Jato poupou donos da Odebrecht de medidas drásticas para fechar delação*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/09/lava-jato-poupou-donos-da-odebrecht-de-medidas-drasticas-para-fechar-delacao.shtml>. Acesso em: 22 set. 2019.

⁵⁸⁶ Para fins do aludido art. 64, parte da doutrina entende por “devedor” não a empresa recuperanda, mas o acionista controlador, enquanto empresário. Ver: MUNHOZ, Eduardo Secchi; SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 308; COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177. Outra parte, porém, entende que o dispositivo não alcança o acionista controlador. Ver FONSECA, Humberto Lucena Pereira. *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 432.

⁵⁸⁷ Lei de Recuperação de Empresas: “Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se

A medida de destituição temporária de acionista controlador e/ou administrador em recuperação judicial é medida drástica e de aplicação muito rara. Em nossa pesquisa, encontramos apenas os precedentes das recuperações judiciais de Seara Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda. no Paraná (recuperação judicial n. 0000745-65.2017.8.16.0162, autos nº 0000829-32.2018.8.16.0162) e Alimentos Nilza S/A (Processo nº 0020411-11.2017.8.26.0506, 4ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, SP). Em Seara, a pedido do Ministério Público, foi decretado o afastamento cautelar de todos os sócios e administradores da gestão da empresa, com a nomeação de um gestor judicial, tendo em vista as operações fraudulentas de dilapidação e ocultação de patrimônio, atos que se enquadrariam no art. 64, inc. II, III, IV e V da Lei de Recuperação de Empresas. Em Nilza, o sócio e administrador havia realizado saques bancários vultosos e ilegais, com esvaziamento patrimonial da empresa, nomeando administrador judicial provisório.

Será que não deveríamos ter um mecanismo semelhante na Lei Anticorrupção Brasileira, afastando o administrador que tenha contribuído ativamente para a prática dos atos ilícitos e para a implantação de uma cultura corporativa de corrupção?

Entendemos que sim. Entendemos que a Lei Anticorrupção Brasileira deveria, por provocação das autoridades administrativas, assegurados o devido processo legal e a ampla defesa, conferir poder ao Juiz para afastar os administradores em caso de sua condenação criminal em ação penal própria ou mesmo em caso de fortes indícios de crimes apurados em procedimento investigativo e/ou sancionador conduzido pelas autoridades administrativas (respeitadas, naturalmente, as garantias do procedimento administrativo sancionador, entre elas o contraditório e a ampla defesa). Essa seria uma medida extrema, de rara aplicação, mas entendemos que seria um aprimoramento salutar para a Lei Anticorrupção Brasileira.

houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente; II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei; III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas: a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial; b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas; c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular; d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do *caput* do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial; V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê; VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial. Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do *caput* deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial”.

Analisando as ferramentas legais para afastar conselheiros e diretores corruptos no contexto norte-americano, o *Model Business Corporate Act*⁵⁸⁸ e a legislação de vários estados norte-americanos⁵⁸⁹ permitem ao Poder Judiciário afastar o conselheiro de uma sociedade anônima que tenha participado de condutas fraudulentas ou causado danos à sociedade de forma intencional. Os fatores que são levados em consideração para se afastar um conselheiro por atos fraudulentos são: (i) a magnitude ou gravidade dos atos fraudulentos; (ii) a quebra de deveres de fidúcia ou violação de leis federais de valores mobiliários; (iii) o nível de participação do conselheiro no ato ilícito; (iv) a intenção de praticar o ato ilícito; (v) o benefício auferido ou almejado pelo conselheiro; (vi) a probabilidade de reincidência da conduta pelo conselheiro⁵⁹⁰. Ocorre que esse poder de solicitar o afastamento de conselheiros pertence à sociedade anônima ou aos seus acionistas (em substituição processual), o que leva os autores norte-americanos a criticá-lo por ser ineficaz, na medida em que interesses das sociedades e seus acionistas muitas vezes se confundem ou são dominados pelo interesse de tais conselheiros. Visando a endereçar essa crítica, DICKERSON⁵⁹¹ propõe, por exemplo, que os conselheiros e diretores de empresas que tenham sido punidas por atos de corrupção, ou que celebrem acordos de leniência com admissão de atos ilícitos, sejam automaticamente afastados da administração, caso fique provado o envolvimento ativo de tais pessoas nas irregularidades apuradas.

O afastamento da gestão por parte de controladores ou administradores diretamente envolvidos nos atos de corrupção teria como benefício dissuadir tais condutas no caso concreto (*specific deterrence*) e também o efeito didático no mundo corporativo em geral

⁵⁸⁸ AMERICAN BAR FOUNDATION. *Model Business Corporate Act 2000/01/02*. 3rd ed. Disponível em: http://www.lexisnexis.com/documents/pdf/20080618091347_large.pdf. Acesso em: 03 fev. 2020. O Model Business Corporate Act é um modelo de legislação societária proposta pelo American Bar Foundation para adoção nas diversas legislaturas estaduais nos Estados Unidos da América. Atualmente cerca de 24 Estados norte-americanos adotaram o Model Business Corporate Act. Confira-se: “§ 8.09. REMOVAL OF DIRECTORS BY JUDICIAL PROCEEDING (a) The [name or describe] court of the county where a corporation’s principal office (or, if none in this state, its registered office) is located may remove a director of the corporation from office in a proceeding commenced by or in the right of the corporation if the court finds that (1) the director engaged in fraudulent conduct with respect to the corporation or its shareholders, grossly abused the position of director, or intentionally inflicted harm on the corporation; and (2) considering the director’s course of conduct and the inadequacy of other available remedies, removal would be in the best interest of the corporation.”

⁵⁸⁹ Entre eles Alabama, Connecticut, Idaho, Illinois e muitos outros.

⁵⁹⁰ BARNARD, Jayne W. When is a corporate executive “substantially unfit to serve? *70 N.C.L. Review*, n° 35, 1992.

⁵⁹¹ DICKERSON, A. Mechele. Words that wound: defining, discussing and defeating bankruptcy corruption. *Law and Economics Working Paper 061*, The University of Texas School of Law, 2005. Versão obtida digitalmente.

(*general deterrence*)⁵⁹².

No entanto, enquanto uma mudança legislativa não ocorre no Brasil exigindo expressamente o afastamento de controladores ou administradores corruptos, entendemos que há três caminhos a se trilhar em nosso país.

Em primeiro lugar, a Lei Anticorrupção Brasileira dispõe que o Ministério Público, a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial equivalente poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (art. 19, § 4º). Ora, se a permanência do empresário corrupto no controle ou administração da empresa colocar em risco sua capacidade para o pagamento das multas, a efetiva interrupção da conduta ilícita e o cumprimento das sanções ou compromissos comportamentais para a mudança da cultura organizacional, entendemos que haveria argumento para afastá-lo do controle ou administração (indisponibilidade de direitos).

Além disso, seria possível recorrer ao instituto da intervenção judicial, que, embora não tenha regulação expressa na legislação brasileira (exceto em alguns casos específicos), tem sido admitido na jurisprudência em assuntos societários, como impasses em sociedades paritárias, abuso de controlador, proteção da minoria, ilícitos de administradores etc.⁵⁹³. Conforme doutrina especializada⁵⁹⁴, por ser medida de tutela de urgência, a intervenção deve estar fundada na probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), sendo comumente utilizada em desvio de clientela, concorrência desleal ou violação de deveres fiduciários, bem como, para o que nos interessa mais diretamente, para prevenir ou cessar a prática de ilícitos contra o meio

⁵⁹² DICKERSON, A. Mechele. Words that wound: defining, discussing and defeating bankruptcy corruption. *Law and Economics Working Paper* 061, The University of Texas School of Law. 2005. Versão obtida digitalmente, p. 21.

⁵⁹³ V.g.: TJRS, 6ª Câmara Cível, AI70072506371, Rel. Des. Ney Wiedeman Neto, j. 25/05/2017; TJRS, 6ª Câmara Cível, AI70073131286, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 11/05/2017; TJRS, 6ª Câmara Cível, AI70055157986, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, k. 12/09/2013; TJRS, 5ª Câmara Cível, AI70037506946, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 25/08/2010; TJRS, 6ª Câmara Cível, AI70028481885, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 10/12/2009.

⁵⁹⁴ VIDAL NETO, Ademar. *Intervenção judicial na administração de sociedade: nomeação de administrador provisório*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017; PANTANO, Tania. *Os limites da intervenção judicial na administração das sociedades por ações*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; SPINELLI, Luis Felipe. *Intervenção judicial na administração de sociedades*. São Paulo: Almedina, 2019; PLETI, Ricardo Padovini. *Intervenção judicial em sociedade empresária*. Curitiba: Juruá, 2014.

ambiente ou contra a Administração Pública⁵⁹⁵⁻⁵⁹⁶. A intervenção judicial pode ser requerida por qualquer pessoa que demonstre legítima titularidade do direito pretendido, tendo legitimidade ativa não somente os sócios da pessoa jurídica, mas também autoridade de controle e fiscalização como o Ministério Público, a CVM, o CADE, a CGU e a AGU⁵⁹⁷.

A esse respeito, confirmando nosso posicionamento, citamos o trecho da Min. Laurita Vaz:

Embora a Lei 12.846/13, ao tratar das medidas de urgência, tenha admitido apenas a decretação da indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, é viável a intervenção judicial nas empresas. Aplicando-se, portanto, o Código de Processo Civil, por força do art. 19 da Lei 7.347/85, o que se faz nada mais é do que antecipar, em razão da premente urgência e da evidente violação da norma do inciso III do art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial, o efeito da sentença [...] a decisão impugnada, na verdade, busca resguardar o interesse público ao determinar a intervenção judicial nas pessoas jurídicas que figurem no polo passivo da ação civil pública em trâmite na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.⁵⁹⁸ (grifo nosso)

Por fim, as autoridades públicas que conduzam negociações de acordos de leniência deveriam passar a considerar o afastamento de controladores e administradores no curso das tratativas da leniência, nos casos de envolvimento direto e intencional de tais pessoas que coloque em risco o resultado útil da leniência. A Lei Anticorrupção Brasileira permite expressamente a dissolução compulsória da pessoa jurídica na esfera judicial (art. 19, inc. III), que é remédio extremo. Ora, no atual sistema punitivo de justiça negociada, as autoridades públicas podem propor aos entes lenientes medidas de afastamento da administração ou compromisso de alienação de negócios em contrapartida à não aplicação da penalidade de dissolução compulsória.

Em determinados casos, em que o câncer da corrupção tem sua raiz diretamente no acionista controlador ou na alta administração, será necessário remover o mal pela raiz, exorcizando o empresário para salvar a empresa. Nas palavras de MUNHOZ, tratando do afastamento do acionista controladores e dos administradores em caso de crimes envolvendo empresas em recuperação judicial:

⁵⁹⁵ SPINELLI, Luis Felipe. *Intervenção judicial na administração de sociedades*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 125.

⁵⁹⁶ Sobre intervenção judicial para evitar lavagem de dinheiro, ver STJ, 5ª Turma, RMS 39.654/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/10/2015.

⁵⁹⁷ SPINELLI, Luis Felipe, op. cit., p. 89.

⁵⁹⁸ STJ - Suspensão de Liminar e Sentença nº 2.229 – MG 2016/00338210-8, j. em 28/12/2016.

Diante da realidade econômica brasileira, caracterizada pela concentração do poder empresarial – ausência de clara distinção entre sócio, sociedade e administradores, e não pela dispersão acionária – a possibilidade de afastar o empresário anterior é ainda mais relevante, constituindo um imperativo para o cumprimento da função pública da lei de recuperação de empresa. É preciso distinguir a empresa do empresário, devendo-se preservar a primeira, ainda que para tanto seja necessário o afastamento do seu primitivo comandante.

10 O PAPEL DA CVM NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Conhecidos os meios pelos quais se corrompem e se dissolvem os Estados, podemos também conjecturar qual o meio que os conserva. As causas contrárias produzem efeitos contrários, ora a conservação é o contrário da corrupção. Deve-se, portanto, num Estado bem constituído, observar cuidadosamente que nada se faça contra as leis e os costumes, e sobretudo prestar atenção, desde o começo, nos abusos, por pequenos que sejam. A corrupção introduz-se imperceptivelmente. O ponto capital, portanto, é deter o mal desde o começo. (Aristóteles⁵⁹⁹)

Neste capítulo, pretendemos examinar o papel da CVM no sistema brasileiro de combate à corrupção. Nos Estados Unidos da América, sabemos que a SEC, ao lado do DOJ, desempenha papel importante na fiscalização e aplicação do FCPA, com promotores exclusivamente dedicados à investigação e persecução dos atos de corrupção (*antibribery provision*) e dos registros contábeis incorretos que mascarem pagamentos de corrupção (*books and records provision*). Sabemos, inclusive, que a maioria das punições e acordos judiciais (*non-prosecution agreements and deferred prosecution agreements*) é fundamentada nas irregularidades de registros contábeis, que é um ilícito independente cuja prova é meramente documental e pode ser mais facilmente produzida.

No entanto, a Lei Brasileira Anticorrupção não atribuiu à CVM nenhuma função persecutória específica em matéria de corrupção. Isso não quer dizer, todavia, que a CVM não desempenhe papel importante na luta contra a corrupção, em busca da eficiência e integridade do mercado de capitais. Pretendemos examinar o alcance das atribuições da CVM por força dos dispositivos da lei de sua criação (a Lei do Mercado de Capitais – Lei nº 6.385/1976), da Lei das Sociedades por Ações e dos normativos da CVM decorrentes de tais leis.

10.1. PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES: REGISTROS CONTÁBEIS FRAUDULENTOS, DESVIO DE PODER E VIOLAÇÃO DO DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES

⁵⁹⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto L. Pereira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 232.

A Lei do Mercado de Capitais atribui competência para a CVM regular e fiscalizar as atividades ligadas ao mercado de valores mobiliários, sancionando seus entes jurisdicionados⁶⁰⁰. Em especial, nos termos do art. 9º, V, da Lei de Mercado de Capitais, a CVM poderá apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores de companhias abertas e dos demais participantes do mercado.

Nessa análise, entendemos proveitoso explorar o “caso Embraer”, que envolveu o pagamento de vantagem indevida a autoridade pública da República Dominicana, de modo a garantir a venda de aeronaves da Embraer. No Brasil, esse caso desdobrou-se em duas principais frentes: (i) a frente da pessoa jurídica: a celebração de um Termo de Compromisso e de Ajustamento de Conduta (TCAC)⁶⁰¹ entre a Embraer S.A., a CVM e o MPF para encerramento de procedimentos administrativo⁶⁰² e ação civil pública; e (ii) a frente das pessoas físicas: um procedimento administrativo sancionador perante a CVM (PAS CVM 2015/1760⁶⁰³), que visava a apurar a responsabilidade de administradores da Embraer S.A por descumprimento do dever de atuar no interesse social da companhia, incorrendo em infração ao artigo 154, *caput*, da Lei das Sociedades por Ações.

No TCAC, a Embraer reconheceu ter pago vantagens indevidas a autoridades públicas no valor de aproximadamente US\$6 milhões e ter efetuado registros contábeis falsos de tais despesas fraudulentas (no caso, a propina foi registrada como comissão de vendas em contrato de representação comercial com a Globaltix, posteriormente repassada a militares dominicanos). Como consequência, a Embraer concordou em pagar R\$ 64 milhões ao MPF, a título de desfazimento do enriquecimento sem causa, e R\$6 milhões à

⁶⁰⁰ Companhias abertas, empresas de auditoria, corretoras de valores mobiliários, agentes autônomos de investimento, fundos de investimento, administradores de carteira, enfim, todas as entidades que exercem atividade dentro do escopo previsto dentro do artigo 1º da Lei de Mercado de Capitais e envolvendo valores mobiliários.

⁶⁰¹ Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2016/20161024-tcacembraer_v2.pdf.

⁶⁰² Inquérito Administrativo CVM nº 01/2016 - IA nº 01/2016 e Processo Administrativo CVM nº 19957.002740/201685. O IA nº 01/2016 foi instaurado para apurar “eventual violação aos deveres fiduciários previstos na Lei nº 6.404/76 pelos administradores da EMBRAER S.A. em transação internacional envolvendo a venda de aeronaves” para a força aérea da República Dominicana. Já no Processo Administrativo CVM nº 19957.002740/201685, analisa-se a prática de ilícitos da mesma natureza daqueles objeto do IA nº 01/2016, envolvendo, porém, contratos de compra e venda de aeronaves em três outros países: Arábia Saudita, Moçambique e Índia.

⁶⁰³ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS CVM RJ 2015/1760. Relator: Pablo Renteria. Rio de Janeiro, j. 11 set. 2018. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180911_PAS_RJ20151760.html. Acesso em: 22 mar. 2019.

CVM, a título de multa e reparação por danos difusos e coletivos ao mercado de capitais.

No caso das pessoas físicas, o desdobramento se deu da seguinte maneira: em 8 de agosto de 2014, o MPF ajuizou ação penal incondicionada em face de oito empregados e administradores da Embraer, imputando a eles o pagamento de propina de US\$ 3,5 milhões a militar da República Dominicana, como forma de viabilizar a venda de oito aeronaves modelo Super Tucano da Embraer ao governo dominicano. A denúncia foi recebida e, em 26 de setembro de 2014, o MPF encaminhou à CVM cópia da denúncia da referida ação penal e a autarquia instaurou processo administrativo para apurar os fatos. A Superintendência de Relações com Empresas da CVM concluiu que havia fortes indícios de que os administradores Luiz Carlos Aguiar, Orlando José Ferreira e Flávio Rímoli teriam violado os arts. 153 (dever de diligência dos administradores) e 154 (desvio de poder), ambos da Lei das Sociedades por Ações.

Entre os argumentos de defesa, um dos acusados alegava que este seria o primeiro julgamento da CVM a relacionar uma suposta prática de corrupção à violação ao artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações. Dessa forma, eventual subsunção da prática de corrupção ao artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações seria uma inovação da CVM, que tradicionalmente somente imputa a violação ao referido dispositivo quando os administradores têm interesse pessoal na decisão que tomaram (o que não seria o caso em tela, já que o acusado não se beneficiou em nada da conduta a ele imputada). Além disso, a CVM estaria vinculando um crime de corrupção a uma ilicitude administrativa, a autarquia só poderia continuar a sua apuração após decisão da ação penal.

Inicialmente, tratando da necessidade de se aguardar a sentença do processo criminal, o Relator Pablo Renteria foi taxativo no sentido de que o princípio da independência das esferas administrativa e penal é pacífico em nossos tribunais, portanto desnecessário trânsito em julgado na esfera criminal. Também ressaltou que a infração ao artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações não tem como pressuposto o interesse pessoal do administrador. O posicionamento da autarquia é de que “age com desvio de poder o administrador que desvirtua as atribuições do seu cargo para lograr fim estranho ao da

companhia”⁶⁰⁴, mesmo que não exista nenhum benefício pessoal no ato praticado.

No mérito, entretanto, o Relator decidiu (i) pela absolvição de alguns acusados, pois não havia prova robusta de participação ativa ou conhecimento dos administradores, nem tampouco indícios de irregularidades que exigissem diligências adicionais dos administradores, e (ii) pela condenação de outros acusados por inabilitação temporária pelo prazo de cinco anos para o exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, uma vez que eles teriam conhecimento das operações irregulares e teriam dissimulado a verdadeira natureza dos serviços prestados. Dessa forma, teriam atuado fora do padrão de conduta exigido pela Lei das Sociedades por Ações, pois não perseguiu o interesse social.

Sabemos que os padrões de conduta dos administradores de companhias são conceitos jurídicos abertos, indeterminados, que dependem da interpretação do aplicador do Direito para a concretização de seu conteúdo⁶⁰⁵. Conforme PARENTE:

os standards não possuem um conteúdo exato e hermético; ao contrário, exprimem uma linha de conduta, uma diretiva geral ou uma orientação que vão informar a conduta social média e servirão de medida ou elemento de comparação para o juízo de casos concretos. Por serem amplos e flexíveis são capazes de abranger as mais variadas situações.⁶⁰⁶

Isso quer dizer que o nível de diligência e os padrões de conduta esperado dos administradores vão mudando com o passar do tempo. Especialmente em matéria de corrupção, *compliance* e controles internos, os padrões de conduta têm evoluído muito rapidamente, inclusive por meio da expectativa das autoridades públicas de que os administradores se envolvem ativamente na prevenção de atos de corrupção e de que a cultura de integridade empresarial venha de cima para baixo (“*tone from the top*”). Até recentemente, a CVM não havia instaurado procedimentos administrativos sancionadores contra administradores com base na violação de dever de diligência da Lei das Sociedades Anônimas, mas o caso Embraer inaugura uma nova postura da autarquia.

Historicamente, o dever do administrador consistia no zelo, atenção e dedicação no

⁶⁰⁴ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS CVM RJ 2015/1760. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2018/20180911_PAS_RJ20151760.html. Acesso em: 22 mar. 2019 (voto relator RENTERIA, Pablo, p. 44).

⁶⁰⁵ Nesse sentido: ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

⁶⁰⁶ PARENTE, Flávia. O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. São Paulo: Renovar, 2005, p. 34-35.

desempenho de suas atribuições, da forma esperada de um homem correto, prudente e probo na administração do seu próprio negócio (o *bonus pater familiae*). Hoje, não basta a mera diligência mediana, não lhe exigindo nenhuma qualidade específica para conduzir os negócios da companhia. É que o dever de diligência compreende cinco outros deveres: o dever de se qualificar para o exercício do cargo, o dever de bem administrar, o dever de se informar, o dever de investigar e o dever de vigiar⁶⁰⁷. Especificamente sobre o dever de investigar, sabemos que o administrador deve desenvolver controles internos robustos e efetivos para detectar irregularidades e examinar de forma crítica as informações recebidas, sempre verificando se elas causam algum tipo de risco para a companhia. Constatado que há indícios de irregularidade (*red flags*) ou exposição para a companhia, o administrador tem o dever de investigar mais a fundo a matéria da qual tomou conhecimento. No caso Embraer, a CVM entendeu que existiam *red flags* que exigiriam investigação adicional pelos administradores.

Quanto ao artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações, que determina que o administrador deve atuar conforme a lei e o estatuto, a CVM tem entendido que qualquer atuação fora disso será considerada desvio de poder (pois não atende ao interesse da companhia). Violações aos controles internos⁶⁰⁸ da companhia (como foi constatado no caso Embraer) são exemplos claros de desvio de poder. Já a violação do dever de lealdade do art. 155 da Lei das Sociedades por Ações exigiria atuação contrária aos interesses da companhia. Exatamente por isso, esse artigo não foi perseguido pela CVM no caso Embraer, pois não havia prova da existência de interesse privado dos administradores no pagamento de propina; muito provavelmente, a propina teria sido paga justamente no interesse da empresa.

Essa tendência de responsabilização, pela CVM, dos administradores que participarem de atos ilícitos de corrupção ou violarem seus deveres de diligência, investigação e vigilância pode ser observada na fala do Diretor Henrique Machado:

Vamos nos deparar com casos que já foram julgados pelo Judiciário como atos de corrupção, como o pagamento de vantagens a agentes públicos nacionais e internacionais para suposto benefício à companhia e que depois são justificados

⁶⁰⁷ PARENTE, Flávia, op. cit., p. 101.

⁶⁰⁸ Controles internos são “processos, implantados pelo conselho de administração, diretoria e outras lideranças, desenhados a fim de proporcionar segurança razoável em relação ao alcance dos objetivos operacionais, de reporte e de compliance da empresa”, conforme Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, in SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no mundo: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 166.

de maneira diversa em suas demonstrações financeiras.⁶⁰⁹

Em outras palavras, o uso indevido do caixa da companhia, que posteriormente é registrado de maneira fraudulenta no balanço na forma de prestação de serviços ou consultoria fictícia, poderá configurar, por parte da empresa, violação das disposições sobre regras de contabilidade da Lei de Sociedades por Ações e ilícito administrativo de normativos da CVM e, por parte dos administradores, falha em seus deveres fiduciários.

Vale mencionar, por fim, que os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à Bolsa de Valores e a divulgar pela imprensa atos ou fatos relevantes ocorridos nos seus negócios que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários de emissão da companhia (art. 157, § 4º, da Lei de Sociedades por Ações). Essa obrigação é aplicável, em especial, ao Diretor de Relações com Investidores, responsável primário por tal comunicação (art. 3º da I/CVM nº 358/2002). Dessa maneira, caso ocorra ato de corrupção que venha a distorcer os balanços e resultados da empresa ou que de outra forma venha a impactar a cotação dos seus valores mobiliários e não seja prontamente divulgado pelo Diretor de Relações com Investidores, este poderá ser responsabilizado, em esfera cível e administrativa, por violação do seu dever de informar previsto na Lei de Sociedades por Ações e na I/CVM nº 358/2002.

10.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO MERCADO DE CAPITAIS

A Lei nº 7.913, de 1989, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, em especial quando decorrentes de “omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa” (art. 1º, III). Referida ação civil pública existirá “sem prejuízo da ação individual do prejudicado” (art. 1º).

A Lei nº 7.913 atribuiu ao Ministério Público, de ofício ou por solicitação da CVM, a legitimidade ativa para propor ações civis públicas visando ao ressarcimento de danos aos investidores do mercado. No entanto, como a Lei nº 7.913 dispõe que a Lei nº 7.347, de 1985

⁶⁰⁹ JOTA, Entrevista a Guilherme Pimenta. CVM vai julgar casos de corrupção sob prisma dos deveres dos administradores. Matéria de 7/6/2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/cvm-resposta-casos-corrupcao-07062018>. Acesso em: 6 ago. 2020.

(que dispõe sobre as ações civis públicas em geral), será aplicável subsidiariamente, no que couber, a doutrina preponderante entende que também terão legitimidade ativa concorrente as pessoas mencionadas no art. 5º, V, “b”, da Lei nº 7.347, incluindo a União, o Estado, o Município, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou as sociedades de economia mista, assim como as associações que tenham, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao investidor.

A CVM, vale lembrar, é uma entidade autárquica vinculada ao Ministério da Economia com a missão de regular o mercado de capitais e proteger os investidores em geral. Nesse sentido, nos casos de corrupção envolvendo companhias abertas que resultem em prejuízos aos investidores e ao mercado em geral, é possível sustentar que a CVM teria legitimidade ativa, ao lado do Ministério Público, para propor ação civil pública ao amparo da Lei nº 7.913/89 e da Lei nº 7.347, de 1985.

11 CONCLUSÃO

É preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas. (Sócrates)

Com quase sete anos de vigência, a Lei Anticorrupção Brasileira representou um importante aprimoramento ao microssistema brasileiro de combate à corrupção. Dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, ela trouxe uma mudança histórica de perspectiva no combate aos crimes de corrupção, tirando o foco do Direito Penal e da persecução do agente (pessoa natural) do regime anterior, passando a se socorrer do Direito Administrativo Sancionador para punir a pessoa jurídica corruptora e estimular condutas preventivas de *compliance* e integridade. Ficou evidente que não bastava perseguir o indivíduo corruptor ou o agente público corrompido, seria necessário punir os beneficiários econômicos da conduta ilícita, a empresa (ou grupo de empresas) que, passando a ter responsabilidades pelo combate à corrupção, precisa investir em programas e ferramentas de “*compliance*”, incluindo treinamento e controle de funcionários, fornecedores e parceiros comerciais.

Também restou evidente que as punições jurídicas não são as únicas ferramentas indutoras do comportamento ético e íntegro pelas empresas: na era da transparência e informação plena, as respostas do mercado, dos acionistas investidores, dos consumidores e dos colaboradores podem trazer consequências negativas para a reputação das empresas corruptas, como desvalorização da cotação das ações em bolsa, ações de indenização por parte de investidores, perda de fontes de financiamento, rejeição de produtos por consumidores, fuga de talentos, entre tantas outras.

A Lei Anticorrupção Brasileira trouxe também a responsabilidade administrativa de natureza objetiva, sem a necessidade de inquirir intenção, dolo ou culpa do agente. Além de facilitar o combate ao ilícito por meio dos procedimentos administrativos sancionadores (mais céleres e simplificados), a responsabilidade objetiva serve para estimular as empresas a investirem na prevenção de condutas ilícitas e no fomento de uma cultura de *compliance*.

Neste estudo, procuramos analisar os pontos de conexão da Lei Anticorrupção Brasileira com o Direito Comercial e outros ramos do Direito aplicáveis às empresas.

Esperamos ter respondido às seguintes perguntas: (i) como o microsistema da Lei Anticorrupção Brasileira dialoga e convive com os princípios e o funcionamento do Direito Comercial e dos demais ramos do Direito aplicáveis às empresas? (ii) As regras tradicionais de resolução de conflito de leis (anterioridade, especialidade e hierarquia) são suficientes para resolver os potenciais conflitos entre a Lei Anticorrupção Brasileira e outras normas jurídicas de outros ramos do Direito?

Essas perguntas são deveras pertinentes, pois existem alguns pontos de conflito (concretos ou aparentes) com a Lei das Sociedades por Ações, o Código Civil e a Lei de Recuperação de Empresas, uma vez que a Lei Anticorrupção Brasileira torna frágeis alguns dos conceitos tradicionais do Direito Civil (responsabilidade subjetiva/objetiva); do Direito Comercial (segregação de patrimônio, limitação de responsabilidade, desconsideração da personalidade societária, relações de controle); do Direito Criminal (dolo e culpa) e também do Direito Administrativo (procedimento administrativo sancionador, devido processo legal e demais garantias processuais, multas administrativas). Como o Direito não se interpreta em tiras, tentamos oferecer uma proposta de aplicação do sistema de combate à corrupção consistente e coordenada com os demais sistemas do Direito. Os intérpretes da lei precisarão exercer um esforço de harmonia e coordenação entre normas (regras e princípios).

Na análise de temas espinhosos como a solidariedade do grupo econômico, a desconsideração da personalidade jurídica, o tratamento de passivos de corrupção nos planos de recuperação judicial, a sucessão de multas de corrupção ou outras penalidades em reorganizações societárias e aquisição de negócios ou estabelecimentos, precisamos sempre dissociar a sorte da empresa da sorte do empresário, do acionista e do administrador. São coisas totalmente distintas.

Em primeiro lugar, entendemos que a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas prevista na Lei Anticorrupção Brasileira está em conformidade com as regras e princípios do Direito brasileiro na seara da responsabilidade civil. A obrigação de indenizar os prejuízos prevista no art. 6º, § 3º, da Lei Anticorrupção Brasileira deve se limitar aos danos incorridos pela Administração Pública ou por terceiros prejudicados e pode ser aplicada objetivamente.

A responsabilidade administrativa, por outro lado, não se encontra necessariamente

vinculada à ideia de dano e os arts. 5º e 19 da Lei Anticorrupção Brasileira estabelecem sanções de caráter administrativo que contemplam hipóteses nitidamente sancionatórias, como a imposição de multa administrativa ou sanção judicial de restrição de direitos, ou mesmo a sanção máxima de dissolução da pessoa jurídica. O caráter iminente penal das sanções administrativas da Lei Anticorrupção Brasileira dificulta a aplicação da responsabilidade objetiva pura. A responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção Brasileira, no que diz respeito às multas administrativas e judiciais, precisa necessariamente respeitar os princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, entre eles os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade, do *non bis in idem*, da pessoalidade da pena, da individualização da sanção, da presunção de inocência, da motivação, da ampla defesa, do contraditório, da tipicidade, da legalidade estrita, entre tantos outros. Dado o “caráter de lei penal encoberta na norma em discussão”⁶¹⁰, entendemos que as sanções judiciais e administrativas da Lei Anticorrupção Brasileira, por possuírem natureza punitiva (com funções retributivas e dissuasórias), dependem, necessariamente, da verificação de algum tipo de culpabilidade ou reprovabilidade. E qual seria essa culpabilidade ou reprovabilidade?

Em primeiro lugar, é necessário apurar se a pessoa jurídica foi beneficiada indevidamente, pois a Lei Anticorrupção Brasileira traz, na verdade, uma responsabilidade objetiva modificada, ao exigir, além dos requisitos tradicionais, a comprovação cumulativa de que o ato tipificado tenha sido praticado “no interesse ou em benefício, direto ou não, da pessoa jurídica” (art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira). Esse ato reprovável de receber recursos indevidos já seria o primeiro elemento para configurar a reprovabilidade ou culpabilidade da pessoa jurídica.

Além disso, funda-se a reprovabilidade da conduta pela “inobservância do cuidado objetivo necessário”⁶¹¹, pela “evitabilidade do fato e os deveres de cuidado objetivos”⁶¹², ou mesmo pelo descumprimento da “função social da atividade empresarial”⁶¹³.

⁶¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A Lei Anticorrupção Como Lei Penal Encoberta. *Consultor Jurídico*, jul. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorrupcao-lei-penal-encoberta. Acesso em: 16 jul. 2014.

⁶¹¹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 50.

⁶¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

⁶¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947/2014, p. 133, set. 2014,

Então, o que se poderia compreender da Lei Anticorrupção Brasileira é que a existência e o funcionamento efetivo de sistemas de integridade empresarial são a chave para entender aquilo que o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira denominou como “responsabilidade objetiva”. O que se poderia chamar de culpabilidade da pessoa jurídica, a ensejar a movimentação da máquina punitiva, seria a má-organização de seus mecanismos de integridade ou seu envolvimento direto e deliberado no ato ilícito.

Nessa linha, quais seriam os critérios de aferição da culpabilidade para fins da aplicação das sanções da Lei Anticorrupção Brasileira? Acreditamos que as disposições dos arts. 6º, § 1º, e 7º da Lei Anticorrupção Brasileira podem ser utilizadas para delimitar esses parâmetros de culpabilidade: a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou efeito negativo produzido pela infração, 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 jurídica⁶¹⁴.

Dessa forma, observando o requisito indispensável da culpabilidade para a aplicação de multas administrativas, em determinadas circunstâncias os fatores do art. 7º da Lei Anticorrupção Brasileira poderão produzir uma sanção inferior ao mínimo estabelecido em lei, ou mesmo uma “não sanção”. Haveria, assim, possibilidade de isenção de responsabilidade da pessoa jurídica mediante a comprovação de um programa de integridade efetivo, por exemplo.

Também analisamos os reflexos dos atos de corrupção nos contratos empresariais, que costumam ser sofisticados e complexos, com maior envergadura, como contratos de investimento, contratos de financiamento, parcerias comerciais, *joint ventures*, contratos de fornecimento de longo prazo, entre tantos outros. Esses contratos são incompletos por natureza e normalmente contêm declarações confirmando que os contratantes não praticaram atos de corrupção no passado, bem como compromissos de que não praticarão tais atos ilícitos no futuro. Essas cláusulas costumam cobrir as leis brasileiras anticorrupção e leis estrangeiras como o FCPA e o UKBA. Atos de corrupção ou a celebração de acordos

⁶¹⁴ Embora esses fatores tenham sido posteriormente regulamentados pelo Decreto Federal Anticorrupção apenas como “atenuantes” na dosimetria do *quantum* sancionatório, entendemos que eles devem ser usados também para aferir a existência (ou não) de culpabilidade da pessoa jurídica acerca do ato ilícito praticado pelos seus representantes e colaboradores.

de leniência costumam acarretar a violação dessas cláusulas contratuais que tratam de corrupção, resultando na rescisão motivada do contrato, vencimento antecipado de financiamentos, interrupção do fornecimento, perda de direitos ou imposição de multas.

Além disso, contratos originados por atos de corrupção podem ser declarados nulos, invalidados ou anulados em determinadas circunstâncias. Contratos que tenham por objeto principal os atos de corrupção⁶¹⁵ serão considerados nulos (*ab initio*), em observância ao art. 166 do Código Civil (art. 166, inc. II: é nulo o negócio jurídico quando for ilícito seu objeto)⁶¹⁶. Por outro lado, os contratos que versem sobre atividades lícitas, mas que tenham sido gerados por atos de corrupção⁶¹⁷, poderiam ser anulados no futuro (por vício de formação, tais como erro ou dolo) e por consequência os valores que tenham sido pagos de parte a parte precisariam ser restituídos, caso contrário haveria enriquecimento ilícito de uma parte em prejuízo da outra. É assim que determina o art. 182 do Código Civil brasileiro e, no plano internacional, o art. 8(2) do *Civil Law Convention of the Council of Europe*.

Também analisamos a aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira aos fundos de investimento, seus cotistas, administradores e gestores. Em primeiro lugar, notamos que os fundos de investimento não podem ser responsabilizados em nome próprio por responsabilidade administrativa ao amparo da Lei Anticorrupção Brasileira, pois eles não têm personalidade jurídica e não estão incluídos no rol de entidades do o art. 1º, § único, da Lei Anticorrupção Brasileira. Em determinadas circunstâncias, no entanto, os cotistas, a instituição administradora ou o gestor poderão vir a ser responsabilizados, a depender de sua conduta, ingerência e responsabilidade, que deverão ser avaliadas individualmente, caso-a-caso.

Somente será possível a responsabilização de cotistas de fundos de investimentos que sejam organizados como pessoas jurídicas e desde que: (i) possa se atribuir ao próprio cotista uma conduta lesiva à Administração Pública definida e sancionada na Lei Anticorrupção Brasileira (responsabilização direta); ou (ii) seja enquadrado como sociedade integrante do grupo de controle de, ou coligada a, uma sociedade investida infratora, hipótese

⁶¹⁵ Por exemplo, um contrato de consultoria fictício para o pagamento de propinas.

⁶¹⁶ No mesmo sentido, no Direito Internacional Privado, o art. 8(1) do *Civil Law Convention on Corruption* determina: “Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void”.

⁶¹⁷ Por exemplo, um contrato para a construção de uma grande obra em que o agente público recebeu propina para selecionar a construtora no processo licitatório.

em que a responsabilidade se restringiria à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira (responsabilização do grupo econômico). Em regra, a participação tipicamente passiva do cotista na administração do fundo de investimento o manterá afastado de responsabilização, pela simples razão de que não lhe competem, no âmbito do fundo de investimento, poderes para praticar atos de administração.

Já quanto à instituição administradora dos fundos de investimento, esta poderá ser responsabilizada por atos praticados em violação à Lei Anticorrupção Brasileira (i) por seus próprios funcionários e administradores ou (ii) por prestadores de serviços por ela contratados, incluindo-se o gestor.

Com relação aos atos de corrupção praticados pelas sociedades investidas dos fundos de investimento (as chamadas “*portfolio companies*”), sua responsabilização dependerá do grau de participação no controle e gestão que os fundos tenham em tais entidades, pois a responsabilização dependerá do conhecimento (efetivo ou presumido) sobre os atos ilícitos praticados ou da falha em implementar controles internos e mecanismos de prevenção. Em outras palavras, a responsabilidade por conhecimento presumido provavelmente não seria imputada a um investidor com poucos direitos políticos e baixa participação na gestão, mas na medida em que os direitos políticos e participação na administração da empresa investida vão aumentando, maior o risco de um fundo de investimento vir a ser responsabilizado por atos de corrupção das empresas de seu portfólio.

No caso de operações societárias, o art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei Anticorrupção Brasileira determina que haverá sucessão das sanções judiciais e administrativas nos casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, limitada às sanções não-personalíssimas (pagamento de multas e reparação do dano), e ainda assim até o limite do valor do patrimônio líquido transferido. O objetivo da Lei Anticorrupção Brasileira é claro: evitar que os mencionados expedientes (legítimos e frequentes na vida de qualquer entidade) venham a impedir a imputação do ilícito ou a execução das penalidades ou do dever de reparar.

Já no que diz respeito ao art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, que estabelece a responsabilidade solidária do grupo empresarial (sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas), entendemos que essa solidariedade não pode ser automática e

infelizmente faltam parâmetros legais claros para delimitar o alcance dessa solidariedade. Essa falta de parâmetros cria uma insegurança jurídica que pode ser fatal para o mundo das operações de aquisições de empresas e trespasse de negócios. É preciso que as autoridades apliquem a solidariedade a conglomerados econômicos e seus acionistas apenas na exata medida em que eles tenham contribuído para o cometimento ou a perpetuação de um ilícito, ou que tenham recebido benefícios econômicos diretos.

A esse respeito, o Direito comparado nos oferece alguns parâmetros. Nos Estados Unidos, o FCPA (e a aplicação do FCPA pela SEC e pelo *Department of Justice* ao longo de quatro décadas) nos permite concluir que uma entidade poderá ser responsabilizada por violações de sua subsidiária, controlada ou afiliada nas seguintes situações:

- (i) *com relação ao dispositivo de contabilidade*: detendo o poder de controle ou influência significativa sobre a subsidiária, a sociedade controladora não exercer tal poder para fazer com que a subsidiária mantenha livros e registros contábeis corretos e não estabelecer controles internos para prevenir atividades ilegais; ou
- (ii) *com relação ao dispositivo anticorrupção*: a sociedade controladora detiver o poder de controle ou influência significativa sobre a subsidiária e tal subsidiária praticar atos de corrupção dentro do escopo de autoridade conferido pela entidade controladora (*acting within the scope of authority conferred by the parent*) e uma das seguintes situações ocorrer:
 - a. a sociedade controladora tiver conhecimento efetivo (*awareness*) ou presumido (*reason to know*) de pagamentos ilícitos e atos de corrupção (dispositivos anticorrupção)⁶¹⁸; ou
 - b. a sociedade controladora ignorar intencionalmente indícios e alertas acerca da existência de pagamentos ilícitos e atos de corrupção (desconhecimento intencional ou “*willful blindness or conscious disregard*”); ou
 - c. a desconsideração da personalidade jurídica for decretada em casos extremos, em que o véu da pessoa jurídica seja levantado (*piercing of*

⁶¹⁸ Vale destacar que, conforme jurisprudência norte-americana, o simples registro de tais pagamentos nos registros contábeis da subsidiária configura o conhecimento presumido do controlador.

the corporate veil) em situações de confusão patrimonial, subcapitalização, dominação dos negócios, administração comum, intenção de evadir obrigações legais ou contratuais e manifesta situação de injustiça ou abuso de direito, entre outras.⁶¹⁹

Também vimos que a configuração de “grupo econômico” varia de acordo com o ramo do Direito em que estivermos trabalhando.

Conforme a Lei das Sociedades por Ações, os grupos societários podem configurar grupos de direito (muito raros na atualidade) ou grupos de fato, em que o grupo se forma por meio de participações societárias cruzadas, configurando subsidiária integral (art. 251), sociedade controlada (art. 243, § 1º, e art. 116), sociedade coligada (art. 243, § 1º) e sociedade consorciada (art. 278). Em essência, a relação de controle repousa na titularidade de direitos de sócio que assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 116).

Na lei trabalhista, a concepção de grupo econômico assume contornos excessivamente amplos⁶²⁰, calcada na direção comum (controle por dominação), pois visa a estabelecer uma garantia legal em prol da efetiva solvabilidade dos créditos trabalhistas. No Direito concorrencial, a lógica do grupo econômico reside na ideia de que os componentes do grupo agem sob “orientações gerais centrais” que influenciam significativamente a estratégia competitiva por eles adotada.

E no microssistema de combate à corrupção da Lei Anticorrupção Brasileira, qual seria a lógica de grupo econômico? Quando as entidades de um “grupo econômico” poderiam ser chamadas a responder solidariamente por multas e outras sanções? A nosso ver, o art. 4º, § 2º, da Lei Anticorrupção Brasileira (que estabelece solidariedade automática para sociedades controladoras, controladas, coligadas e consorciadas) é demasiadamente abrangente e impreciso e peca por não vincular as sanções aplicáveis à participação, conduta ou benefícios econômicos de tais terceiros, na medida de sua reprovabilidade. O

⁶¹⁹ BROWN, H. Lowell. *Parent-subsidiary liability under the Foreign Corrupt Practices Act*. 50 *Baylor L. Rev.* 1, 1998.

⁶²⁰ A Justiça do Trabalho tem identificado grupos de empresas constituídos informalmente a partir dos seguintes indícios: (i) a direção e/ou administração das empresas pelos mesmos sócios e gerentes e o controle de uma pela outra; (ii) a origem comum do capital e do patrimônio das empresas; (iii) a comunhão ou a conexão de negócios; (iv) a utilização da mão de obra comum ou outras situações que indiquem o aproveitamento direto ou indireto por uma empresa da mão de obra contratada por outra. Conforme VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BUDRIESI, Paola, *op. cit.*

conceito de solidariedade intragrupo da Lei Anticorrupção Brasileira representa uma ruptura com o modelo de responsabilidade perante credores externos adotado pela Lei das Sociedades por Ações (art. 266), que trata as sociedades integrantes do grupo econômico como entes autônomos e centros independentes de imputação de responsabilidade.

Dada essa insegurança jurídica do texto normativo, precisamos estabelecer alguns limites e parâmetros para que se opere a sucessão ou responsabilização solidária da Lei Anticorrupção Brasileira entre as empresas de um mesmo grupo econômico.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o art. 2º da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas pelos atos lesivos “praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. Tal condicionante também deve ser atendida no momento de imputação de responsabilidade às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, para fins da solidariedade do grupo econômico. A análise do grau de benefício ou interesse do ente jurídico envolvido seria critério importante para reconhecimento da solidariedade, pois o § 2º do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira deve ser lido em conjunto com seu art. 2º, sendo assim, a aferição do interesse ou benefício apresenta-se como um requisito essencial para a imputação da responsabilidade por solidariedade. A solidariedade da Lei Anticorrupção Brasileira não pode se estender às entidades que não tenham participado e não tenham interesse ou recebido benefício decorrentes do ato ilícito. E falamos aqui em benefício ou interesse *direto* que resulte em vantagem econômica direta do ato ilícito (e não benefícios indiretos, como dividendos ordinários no curso normal dos negócios).

Além disso, entendemos que é preciso compreender a realidade do grupo, a forma como é exercido o controle, o grau de independência dos órgãos deliberativos e diretivos das sociedades controladas e coligadas, as práticas e valores impostos pela controladora, para então se permitir a extensão da responsabilidade entre elas. É preciso avaliar se existe ou não, por parte da entidade do grupo econômico, a possibilidade de controlar ou influenciar a conduta do infrator. Precisamos verificar se o poder de comando é exercido de forma intensa e todas as sociedades são efetivamente dominadas pela controladora ou se há independência na tomada de decisões e autonomia de cada uma das sociedades que integram o grupo. Não está correto aplicar a solidariedade unicamente com base na mera participação societária.

Lembramos, também, que somente poderá haver responsabilização solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas no que diz respeito à multa administrativa e obrigação de reparar o dano (natureza pecuniária), mas não haverá solidariedade quanto às demais sanções previstas na Lei Anticorrupção Brasileira, que têm natureza personalíssima (como a declaração de inidoneidade, a restrição de direitos, a proibição de contratar ou a dissolução compulsória).

No Capítulo 6, analisamos pontos de interação e possíveis conflitos entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas. Esses diplomas legais constituem sistemas normativos com princípios próprios que, não obstante, precisam conviver de forma harmoniosa. A Lei de Recuperação de Empresas tem por objetivos a recuperação da empresa e o soerguimento da crise financeira, em outras palavras, a “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47). A Lei Anticorrupção Brasileira tem por objetivos a repressão aos atos de corrupção e a proteção à Administração Pública.

Numa primeira análise, poder-se-ia argumentar que os princípios norteadores da Lei de Recuperação de Empresas colidem com os princípios norteadores da Lei Anticorrupção Brasileira. Mas esse conflito é apenas aparente, e a conciliação dos dois diplomas pode ser alcançada diferenciando-se empresa, estabelecimento, controle e administração. A Lei de Recuperação de Empresas tem a intenção de preservar a empresa (enquanto conjunto de fatores de produção organizados para a atividade empresária, ou o “*business*” no jargão inglês), e não a sociedade ou seu controlador. Há interesse na preservação da empresa como atividade, mesmo nos casos de falência do sujeito⁶²¹, sendo necessário “dissociar a ruína da empresa da ruína do empresário, [...] permitindo que a primeira sobreviva ao último”⁶²². Portanto o segredo da convivência harmoniosa entre a Lei Anticorrupção Brasileira e a Lei de Recuperação de Empresas consiste em identificar formas economicamente e socialmente adequadas de punição do *sujeito* (empresário ou controlador), preservando a fonte produtiva, seja porque, ao seguir desenvolvendo suas atividades, a empresa poderá adimplir eventuais dívidas com a Administração Pública de

⁶²¹ SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

⁶²² SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: RT, 2007, p. 54.

forma ainda mais eficiente. Na aplicação das penalidades devemos preservar, na medida do possível, a atividade empresarial (perfis funcional e patrimonial de Asquini), assim atendendo ao princípio constitucional da função social da empresa, visando a proteger empregos, gerar tributos e criar riqueza econômica. Salvar e remediar a empresa, mas punir o empresário corrupto. No entanto, não são todas as empresas que podem, devem ou merecem ser preservadas; é necessário verificar se os incidentes de corrupção são pontuais ou sistêmicos, acidentais ou intencionais, ou mesmo se a prática ilícita faz parte indissociável do modelo de negócios.

Normalmente, como solução para a crise financeira das empresas, os planos de recuperação contemplam estratégias de desinvestimento, principalmente por venda de UPIs. Para que isso ocorra, é importante que os adquirentes de UPIs não sejam responsabilizados por passivos decorrentes de atos de corrupção praticados pelos alienantes e, por isso, o art. 60, § único, da Lei de Recuperação de Empresas dispõe que a alienação de UPIs “estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor”. Porém o art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que subsiste a responsabilidade das pessoas jurídicas em casos de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (que são os instrumentos jurídicos usuais para formalizar vendas de UPIs). Como resolver esse aparente conflito de normas?

Pelos motivos expostos no Capítulo 6, entendemos que a responsabilização administrativa e civil da Lei Anticorrupção Brasileira não se transmite ao adquirente da UPI e a proteção do art. 60 da Lei de Recuperação de Empresas deve prevalecer. Esse entendimento encontra respaldo na doutrina majoritária e no Enunciado 104 da III Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal⁶²³.

Também entendemos que as multas administrativas decorrentes da Lei Anticorrupção Brasileira estão sujeitas ao procedimento de recuperação judicial (configuram créditos concursais), pois elas não têm o propósito arrecadatório de financiar a atividade essencial do Estado.

Vimos que a Lei Anticorrupção Brasileira atribui responsabilidade às pessoas

⁶²³ “Não haverá sucessão do adquirente de ativos em relação a penalidades aplicadas ao devedor com base na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), quando a alienação ocorrer com fundamento no art. 60 da Lei nº 11.101/2015”.

jurídicas por atos de terceiros que atuem em seu nome e em seu benefício, tais como agentes, representantes, consultores, entre outros. No Capítulo 7, estudamos os limites e o fundamento legal para tal responsabilização. A Lei Anticorrupção Brasileira aproxima-se da teoria da imputação objetiva, utilizando um critério normativo de culpabilidade das pessoas jurídicas, que pode ser a falha organizacional em desenvolver sistemas para prevenir os ilícitos (culpabilidade por defeito de organização), o risco criado pela empresa no exercício de sua atividade (culpabilidade pelo risco criado) ou mesmo a vantagem econômica obtida pela empresa com determinada prática delituosa (culpabilidade pelo risco proveito).

No caso da culpabilidade por defeito de organização, a responsabilização pelos ilícitos praticados por terceiros (agentes, representantes e consultores) ocorrerá quando a empresa “não tiver adotado todas as medidas organizativas razoáveis e indispensáveis para impedir este ou aquele delito”⁶²⁴. Por isso, medidas e diligências adotadas pela empresa no sentido de prevenir, descobrir e coibir a ocorrência de delitos praticados por terceiros no desenrolar de sua atividade influenciará diretamente na sua responsabilização e poderá, inclusive, conduzir à mitigação da pena ou mesmo à absolvição.

No Capítulo 8, exploramos a responsabilidade dos financiadores por atos de corrupção praticados por entidades financiadas. Em certas circunstâncias, sanções administrativas e judiciais poderão ser estendidas às instituições financeiras que forneçam financiamento à entidade corruptora no contexto de atos de corrupção, pois o art. 5º, inc. II, da Lei Anticorrupção Brasileira estabelece que será considerado um ato lesivo à Administração Pública, sancionado pela lei, “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei”.

Nesse contexto, exploramos as seguintes questões: (i) a responsabilidade dos financiadores é objetiva ou subjetiva? (ii) Quais atos de financiamento, custeio ou patrocínio são capazes de gerar a responsabilidade do art. 5º, inc. II? (iii) A responsabilidade do financiador por atos de corrupção requer sua participação direta ou conhecimento (efetivo ou presumido) acerca da atividade ilícita? (iv) A realização de diligência legal, os procedimentos de “*know your client*” (KYC) e o cumprimento de normativos sobre lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros afastariam a responsabilidade do financiador

⁶²⁴ MARINUCCI, Giorgio. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Um bosquejo histórico-dogmático*, p. 1194-1197.

decorrente da Lei Anticorrupção Brasileira?

Como ainda não existe, em nosso conhecimento, orientação doutrinária ou jurisprudencial sobre essas questões, oferecemos nossas considerações iniciais, socorrendo-nos de princípios gerais e analogias a outras áreas do Direito. Fizemos um paralelo interpretativo entre a situação do “poluidor indireto” e a teoria do “poluidor-pagador” no Direito ambiental⁶²⁵, para desenvolver um raciocínio de “corruptor indireto” e “corruptor-pagador” que poderia ser aplicável à Lei Anticorrupção Brasileira.

Em primeiro lugar, é preciso distinguir entre a concessão de empréstimos (crédito para usos gerais, sem definição de uma destinação específica, como capital de giro, linha de crédito, cheque especial etc.) e a concessão de financiamentos com finalidade específica, que é conhecida, analisada e aprovada pelo banco no contexto da avaliação do projeto (como financiamento à infraestrutura e *project finance*). No primeiro caso, não é possível atribuir responsabilidade sob a Lei Anticorrupção Brasileira, pois não existe sequer a possibilidade de a instituição financeira vir a conhecer o emprego dos recursos.

Além disso, entendemos que a responsabilidade indireta dos financiadores por atos de corrupção dos seus clientes tomadores de crédito não seria objetiva, mas sim subjetiva (ou objetiva com possibilidade de rompimento do nexo causal, conforme parte da doutrina), dependendo da culpa da instituição financeira, de modo que a demonstração de que a instituição cumpriu seus deveres legais e atuou de forma diligente e adequada para atestar o cumprimento da legislação ambiental, bem como identificar e mitigar os riscos ambientais dos seus clientes, no final do dia, poderá eliminar a responsabilização. A responsabilização objetiva das instituições financeiras por danos ambientais indiretos, sem a possibilidade de exclusão de responsabilidade por atos de diligência e boas práticas socioambientais, criaria uma ineficiência econômica para todo o sistema financeiro e de crédito e, ao final, para toda a sociedade.

Na nossa opinião, para a configuração do ilícito por parte dos financiadores, não basta simplesmente a concessão do financiamento, é necessária participação ativa ou envolvimento direto com vistas a viabilizar o ato de corrupção. Seria preciso comprovar

⁶²⁵ A Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) define o poluidor como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora do dano ambiental” (art. 3º, inc. III e IV).

não apenas os atos comissivos atribuíveis ao financiador (financiar, custear, patrocinar ou subvencionar), como também o especial fim de praticar os atos ilícitos do art. 5º, atos esses cometidos por terceira pessoa (física ou jurídica) financiada, custeada, patrocinada ou subvencionada pelo cúmplice no ato de corrupção.

Podemos indagar quais seriam os parâmetros de uma diligência razoável pela instituição financeira para evitar a responsabilidade indireta por omissão por atos de corrupção dos tomadores de crédito. A nosso ver, os parâmetros de uma diligência razoável a serem seguidos por uma instituição financeira são aqueles decorrentes da legislação e regulamentação bancária a eles aplicáveis, incluindo normativos do Banco Central. Nada mais. Por se tratar de norma sancionadora, em que vigora o princípio da estrita legalidade, não podemos trabalhar com parâmetros de responsabilização amorfos, com conceitos amplos e vagos. Caso o financiador não tenha conhecimento efetivo do uso dos recursos para a prática de atos ilícitos e tenha cumprido seus deveres legais oriundos de normativos de lavagem de dinheiro, identificação de operações suspeitas, *know your client* etc., tal financiador não poderá ser responsabilizado administrativamente por atos de corrupção de seus clientes em decorrência do art. 5º, inc. II, da Lei Anticorrupção Brasileira.

Finalmente, no Capítulo 9, vimos que um dos pilares para o bom funcionamento do sistema legal de combate à corrupção (incluindo a Lei Anticorrupção Brasileira) é a existência de punições severas que tenham o caráter educativo e dissuasor, que previnam e reprimam os atos de corrupção, que rompam o cálculo de custo-benefício do corruptor. Isso passa tanto pela aplicação de altas multas administrativas às empresas infratoras e pela persecução criminal dos indivíduos envolvidos, quanto também por medidas mais drásticas de afastamento de empresários corruptos da cadeia de comando e condução dos negócios. A Lei Anticorrupção Brasileira não contém expressamente nenhuma penalidade (administrativa ou judicial) que consista na obrigação de os empresários corruptos se afastarem da administração dos negócios ou venderem suas participações societárias e pensamos que essa seria uma boa sugestão *de lege ferenda* para casos extremos, de corrupção sistêmica diretamente atribuível ao empresário ou por ele incentivada.

No entanto, enquanto uma mudança legislativa não ocorre no Brasil exigindo expressamente o afastamento de controladores ou administradores corruptos, exploramos três caminhos possíveis:

- (i) o requerimento, pelo Ministério Público, da indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado (art. 19, § 4º, da Lei Anticorrupção Brasileira), o que inclui participações societárias, estabelecimentos da empresa, direitos de voto e gestão etc.;
- (ii) o instituto da intervenção judicial, que, embora não tenha regulação expressa na legislação brasileira (exceto em alguns casos específicos), tem sido admitido na jurisprudência em assuntos societários como medida de urgência; e
- (iii) no curso de negociações de acordos de leniência, as autoridades poderiam, como condição de eventual leniência, exigir que os controladores e administradores se afastem da gestão da empresa, nos casos em que ficar comprovado o envolvimento direto e intencional de tais pessoas que coloque em risco o resultado útil da leniência.

Embora a missão legal da CVM seja regular e fiscalizar as atividades ligadas ao mercado de valores mobiliários e proteger os investidores e a poupança popular, vimos no Capítulo 10 que a CVM também desempenha um importante papel no combate à corrupção. O uso indevido do caixa da companhia, que posteriormente é registrado de maneira fraudulenta no balanço na forma de prestação de serviços ou consultoria fictícia, poderá configurar, por parte da empresa, violação das disposições sobre regas de contabilidade da Lei de Sociedades por Ações e ilícito administrativo de normativos da CVM.

Da mesma forma, o pagamento de propinas, a falha em desenvolver sistemas de controle internos ou a ausência de fiscalização de operações suspeitas pelos administradores de companhias abertas pode representar falha em seus deveres fiduciários, expondo-os igualmente à procedimentos administrativos instaurados pela CVM. Da mesma forma, os administradores da companhia aberta (em especial o Diretor de Relações com Investidores) são obrigados a comunicar imediatamente à Bolsa de Valores e a divulgar pela imprensa atos ou fatos relevantes ocorridos nos seus negócios que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários. Dessa maneira, caso ocorra ato de corrupção que venha a distorcer os balanços e resultados da empresa ou que de outra forma venha a impactar a cotação dos seus valores mobiliários e não seja prontamente divulgado pelo Diretor de Relações com Investidores, este poderá ser

responsabilizado, em esfera cível e administrativa, por violação do seu dever de informar previsto na Lei de Sociedades por Ações e na I/CVM nº 358/2002.

Por fim, nos casos de corrupção envolvendo companhias abertas que resultem em prejuízos aos investidores e ao mercado em geral, a CVM também teria legitimidade ativa, ao lado do Ministério Público, para propor ação civil pública ao amparo da Lei nº 7.913/89 e da Lei nº 7.347, de 1985.

Com este trabalho, esperamos ter demonstrado a importância do combate eficaz à corrupção, uma vez que ela destrói eficiência econômica, distorce mercados e a concorrência justa e impede desenvolvimento econômico e social. Ao final, coloca em risco o Estado de Direito (*rule of law*), destrói a confiança nos governos e no ambiente de negócios. Portanto, os avanços recentes trazidos pela Lei Anticorrupção Brasileira e pelo regime de responsabilização administrativa de empresas conseguiram alcançar maior eficiência na condução de investigações e recuperação de valores, quando comparado aos processos tradicionais do Direito Penal. Por meio da justiça negociada e da colaboração, as autoridades brasileiras foram capazes de celebrar acordos de leniência e recuperar valores expressivos de empresas corruptas. Isso é motivo de comemoração.

Em alguns aspectos, entretanto, há falta de parâmetros claros e rigor legal excessivo, como a responsabilidade solidária do grupo econômico ou a sucessão de sanções administrativas. É preciso que as autoridades, a jurisprudência, a doutrina e os operadores do Direito em geral construam parâmetros claros que possam transmitir segurança jurídica aos agentes econômicos, visando o desenvolvimento econômicos e circulação de riquezas. Equilíbrio e clareza serão essenciais nessa tarefa.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Carlos Fernando Lopes Abelha. *Os efeitos danosos do crime organizado e da corrupção dos agentes públicos e privados no desenvolvimento econômico no País*. 2011. Mestrado (Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2011.

ADES, Alberto; DI TELLA, Rafael. Competition and Corruption. *Institute of Economics and Statistics Discussion Papers* 169, University of Oxford, 1994.

ALBUQUERQUE, Ana Claudia de Paula. A responsabilidade objetiva administrativa da empresa na Lei nº 12.846/2013. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBFEP*, Belo Horizonte, n. 9, p. 235-247, 2014.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A crise do conceito tradicional de culpabilidade, segundo o direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCC*, São Paulo, vol. 35/2001, p. 37-54.

ALVES, Roque de Brito. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Versão obtida digitalmente.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANDERSON V. ABBOTT, 321 U.S. 233, 362 (1944).

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Nova Cultural, 1991.

_____. *Sobre a Geração e a Corrupção*. Trad. Francisco Chorão. Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2009.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 83, ano 18, p. 229-236, 2017.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. Bribery act 2010: um novo paradigma no enfrentamento da corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 113/2015, p. 411-439, 2015.

BANDEIRA, Luiz Octávio de Viana. Notas sobre a natureza e o alcance da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos contra a administração pública na Lei Anticorrupção. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A Culpabilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARREIRA, Érika Campos; BORGES, Monike Valent Silva. Princípio da prevenção e a ética da responsabilidade de Hans Jonas na mineração brasileira. In: REIS, Émilien Villa Boas (org.). *Entre a filosofia e o ambiente: bases filosóficas para o Direito Ambiental*. Belo Horizonte: 3i Editora, 2014.

BARROS, Zanon de Paula. Questões Atinentes à Chamada Lei Anticorrupção. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 2/2014, p. 257, 2014. Versão obtida digitalmente.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª parte. São Paulo: Saraiva, 1971.

BECKER, Gary S.; STIGLER, George J. Law Enforcement, Malfeasance, And The Compensation Of Enforcers. *Journal of legal studies* 3, n. 1. p. 1-18, Jan. 1974. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/467507>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453-515. Versão obtida digitalmente.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro et al. (coord.). *Manual de compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERTOCINI, Mateus (org.). *Lei Anticorrupção. Comentários à lei 12.846/2013*. Lisboa: Almedina Brasil, 2014.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BLOK, Marcella. A nova lei anticorrupção e o compliance. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 65/2014, p. 263-318, 2014. Versão obtida digitalmente.

BONCHRISTIANO, Ana Cristina Ribeiro. A culpabilidade jurídico-penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

BONELL, Michael Joachim; MEYER, Olaf. *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Springer International Publishing, Switzerland, 2015.

BONFIM, Natália Bertolo. A desconsideração da personalidade jurídica na lei anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014, p. 91. Versão obtida digitalmente.

BORGES FILHO, Daltro de Campos. A sucessão das dívidas resultantes da lei anticorrupção na recuperação judicial. *Revista do Advogado, Direito das Empresas em Crise*, ano XXXVI, n. 131, p. 42.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A Interpretação Constitucional Possível da Responsabilidade Objetiva na Lei Anticorrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 947/2014, set. 2014.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais*. Brasília, 2015. Disponível em: https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Guia prático das unidades de gestão de integridade*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Programas de integridade. Diretrizes para empresas privadas*. Brasília, 2015. Disponível em: <https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Convenção da OCDE*. Brasília: CGU, 2007.

BRASIL. *Mensagem EM nº 005/2006/CGU-PR*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0D0ABE5EC94F3E1368E8CF476BA44657.proposicoesWebExterno2?codteor=422282&filename=Tramitacao-PL+7528/2006. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. *Mensagem EMI nº 00011 2009 – CGU/MJ/AGU* de 23 de outubro de 2009. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Manual para implementação de programas de integridade*. Brasília, 2017. Disponível em: https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual_profip.pdf. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Guia prático de gestão de riscos para a integridade*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Transparência. *Convenções internacionais*. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencoes-internacionais>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. *Parecer do Relator Deputado Carlos Zarattini*, apresentado em Comissão Especial, datado de 19.04.2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=982072&filename=Tramitacao-PL+6826/2010. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. *Parecer do Senado nº 649*, de 2013, apresentado em Plenário, datado de 04.07.2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4003724&ts=1543021110297&disposition=inline>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. 2. ed. Brasília, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>. Acesso em: 08 jan. 2020.

BREALEY, R.A.; MYERS, S.C. *Principles of Corporate Finance*. 7. ed. New York: Irwin-McGraw Hill, 2003.

BRODER, Douglas. *U.S. Antitrust Law and Enforcement*. Oxford, OUP, 2010.

BROWN, H. Lowell. Parent-Subsidiary Liability Under the Foreign Corrupt Practices Act. *50 Baylor L. Rev.* 1, 1998.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Breve estudo crítico. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1, parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARAWAN, Edwin M. *Apophysis and Eisangelia: The Role of the Areopagus in Athenian Political Trials*. University of Virginia Press, 1985.

CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade e corrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO, André Castro et al. Discussões sobre as novas regras locais de *compliance* nas contratações públicas. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/discussoessobre-as-novas-regras-locais-de-compliance-nas-contratacoes-publicas>.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do STJ. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Versão obtida digitalmente.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____ (coord.). *O Livro Negro da Corrupção*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Liberas, 2015.

CASTRO, Leonardo Bellini de. *Impactos Sistêmicos e Transversais na Lei Anticorrupção*. 2018. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 2002.

_____. Parecer. In: *A Responsabilidade Civil da Empresa Perante os Investidores*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

_____. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de anticorrupção & compliance*. São Paulo: Campus Jurídico, 2013.

_____. *Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada*. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coords.). *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador*. 2013. Tese (Livrescência em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

_____. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. In: DEBBIO, Alessandra Del et al. *Temas de Anticorrupção & Compliance*. São Paulo: Campus Jurídico, 2012.

COSTA, Yahn Rainer Gnecco Marinho. *Delineamentos sobre a Responsabilidade Objetiva das Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção no Brasil*. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CLEMENTS, Benedict; HUGOUNENQ, Réjane; SCHWARTZ, Gerd. *Government Subsidies: Concepts, International Trends and Reform Options*, *IMF Working Papers* 95, Washington, 1995.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Sanções Administrativas e Sucessão Empresarial: o caso da lei anticorrupção*. São Paulo, 2015.

CUÉLLAR, Leilla; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 46, p. 131-170, 2014. Versão obtida digitalmente.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz et al. *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.

Declaração do Presidente da SEC John S. R. Shad, Fed. Sec. L. Rep (CCH), 82,882.

Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act.

DEMATÉ, Flávio Rezende. *Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Corrupção – A Lei 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Lei anticorrupção e lavagem de dinheiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord.). *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DIAS, Bruno Fernandes. Responsabilidade de pessoas jurídicas e físicas em matéria de corrupção: o regime jurídico da Lei nº 12.846/2013. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, v. 167, 2015. Versão obtida digitalmente.

DICKERSON, A. Mechele. Words that wound: defining, discussing and defeating bankruptcy corruption. *Law and Economics Working Paper 061*, The University of Texas School of Law. 2005. Versão obtida digitalmente.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Breve nota sobre a lei anticorrupção e a responsabilização de pessoas jurídicas. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, publicado em 02.05.2016. Acesso em: 08 jan. 2020.

DUCKER, Peter. What is Business Ethics. *The McKinsey Quarterly*, n. 3, Autumn 1981.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. *52 University of Chicago Law Review* 89, 1985.

ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (ECLAC). *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean*. 2011. United Nations Publication, junho de 2012, Santiago, Chile.

EIZIRIK, Nelson L. Responsabilidade Civil e Administrativa do Diretor de Companhia Aberta. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 56, ano XXIII, out./dez. de 1984.

ELLIS, Matteson. The FCPA in Latin America. *Corporate Compliance Insights publication*, 2016.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. II. 4. ed. Madrid: Civitas, 1995.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. Panorama crítico da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

FARIA, Mauro Teixeira de. *Recuperação Judicial de Empresas e a Lei Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FELLMETH, Aaron Xavier. Cure Without a Disease: The Emerging Doctrine of Successor Liability in International Trade Regulation, *31 Yale J. Int'l. l.* 127, 139 (2006).

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; NASCIMENTO, Mellilo Dinis do. *Lei Anticorrupção empresarial: aspectos críticos à Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERNANDES, Millôr. *Millôr Definitivo, A Bíblia do Caos*. Porto Alegre: LP&M, 2014.

Foreign Corrupt Practices Act, Pub. L. N. 95-213, § 30A(a)3, 91 Stat., 1495-96 (1977).

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações públicos-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *RBDP*, Belo Horizonte, v. 47, p. 33-43, 2014.

FERRAZ, Sergio. Corrupção: algumas reflexões. *RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, 2009. Versão obtida digitalmente.

FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FILGUEIRAS, Fernando de Barros. Notas críticas sobre o conceito de corrupção: um debate com juristas, sociólogos e economistas. *Revistas de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, p. 125-148, 2004,

FONSECA, Humberto Lucena Pereira. *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos administrativos. In: ROSSETTI, Maristella Abla; PITTA, Andre Gruspun. *Governança Corporativa – Avanços e Retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

_____. Responsabilidade das Pessoas Jurídicas por Atos de Corrupção: Reflexão sobre os Critérios de Imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e Seus Múltiplos Enfoques Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata. Corrupção, Cultura e Compliance: O Papel das Normas Jurídicas na Construção de uma Cultura de Respeito ao Ordenamento. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Compliance: Perspectivas e Desafios dos Programas de Conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira; ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Hipóteses de Responsabilidade Solidária e Decorrentes de Sucessão Empresarial na Lei da Empresa Limpa e Impacto nas Operações Societárias. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, n. 125, AASP, dezembro de 2014.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

G20. The G20 Toronto Summit Declaration. 26 e 27 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2010/to-communicate.html>. Acesso em: 21 out. 2013.

GETZ, K.A.; VOLKEMA, R.J. Culture, Perceived Corruption and Economics. *Business and Society*, vol. 40, 2001.

GIOVANINI, Wagner. Mecanismo de integridade ou arma para proteção? In: BORGES DE PAULA, Marco Aurélio; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Programas de compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: BORGES DE PAULA, Marco Aurélio; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GONÇALVES, Alexandre Manoel; BUSNELLO, Priscilla de Castro. Corrupção: questões éticas e jurídicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

GOUDIE, Andrew; STASAVAGE, David. Corruption: The Issues. *Working Paper n. 122, Organization for Economic Cooperation and Development*, Paris, 1997.

GRAU, Eros. *Direito posto e pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *O combate à corrupção e comentários à lei de responsabilidade de pessoas jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRIMM, Daniel J. The Foreign Corrupt Practices Act in Merger and Acquisition Transactions: Successor Liability and its Consequences. *NYU Journal of Law & Business*, vol. 7:247, 2010.

GUARAGNI, Fábio Andre. Comentários ao art. 1º ao 4º. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Andre (coord.). *Lei Anticorrupção*. São Paulo: Almedina, 2014.

H.R. Conf. Rep. N. 95-831, 1977.

H.R. Conf. Rep. N. 100-576.

HANDELMANN, Heinrich. *História do Brasil*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1982.

HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. Do Government Wage Cuts Close Budget Deficits? *IMF Working Papers* 96/19, Washington, DC, 1996.

HENKES, Silviana L. Os novos contornos da tutela jurídica na sociedade de risco: dano ambiental futuro e risco do dano. *Revista de Direito Difusos*, ano VIII, vol. 43, 2007.

HINES, James R. Jr. *Forbidden Payment: Foreign Bribery and American Business After 1977*. John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge MA, 1995.

HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour - Business Values: Culture Commitment, Trust and Ethics*. Oxford and Portland: Oregon, 2015.

_____. et al. *Ethical Business Practice and Regulation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

JENSEN, Michael. *A theory of the firm: governance, residual claims, and organizational forms*. 1. ed. Harvard University Press, 2001.

_____. Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers. *American Economic Review*, v. 76, p. 323-339, May 1986.

_____. Value maximization, stakeholder theory and the corporate objective function. *Journal of Applied Corporate Finance*, v. 14, n. 3, p. 8-21, Fall 2001.

_____; MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, p. 305-360, October 1976.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

JOHNSTON, Jeffrey; TRISTÁN, Erika. The Next FCPA Battleground: Private Civil Lawsuits Following FCPA Settlements with U.S. Government Authorities. *Vinson & Elkins Litigation News*, 2011, p. 8. Disponível em: <http://www.velaw.com/uploadedFiles/VEsite/Resources/VELitigationNewsWinter2011.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, Fascículo 454, 1941.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KRAAY, Aart; VAN RIJCKEGHEM, Caroline. Employment and Wages in the Public Sector – A Cross-Country Study. *IMF Working Papers 95*, Washington, DC, 1995.

KAUFMANN, Daniel. *Research on Corruption: Critical Empirical Issues*. Ed. Arvind Jain. Economics of Corruption. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988.

KOEHLER, Mike. Foreign Corrupt Practices Act Ripples. *American University Law Review*, vol. 3, 2010.

KREINDLER, Richard H.; GESUALDI, Francesca. The Civil Law Consequences of Corruption under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. In: BONELL, Michael Joachim; MEYER, Olaf. *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Springer International Publishing, Switzerland, 2015.

_____. Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, 2002, London, Volume 11, Kluwer Law International.

KRUEGER, Anne. The Political Economy of Rent-Seeking Society. *American Economic Review* 64, n. 2, 1974.

KUYVEN, Fernando. Aplicação ultraterritorial da lei anticorrupção. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 4/2014. Versão obtida digitalmente.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LEAL, Rogério Gesta. A nova lei anticorrupção empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, v. 88, p. 25-54, 2014. Versão obtida digitalmente.

LEITE, Maurício Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. Responsabilidade solidária por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

LINDSEY, Carolyn. More Than You Bargained For: Successor Liability Under the FCPA. *Northwestern University Law Review*, n. 35, 2009.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Jorge. Responsabilidade por Obrigações e Dívidas da Sociedade Empresária na Recuperação Extrajudicial e na Falência. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 144, p. 138-145, 2006.

LOUREIRO, Maria Fernanda. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. A teoria do delito para a incriminação da empresa*. Curitiba: Juruá, 2017.

LOW, Lucinda A.; DAVIS, John. The FCPA in Investment Transactions. *Foreign Corrupt Practices Act Rep.*, §5:23, West 2d ed., p. 5-21, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e Sanções na Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947, p. 267-279.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. v. 4. São Paulo: RT, 2011.

MACHADO, Leonardo Ruiz; LEITE, Karina da Guia. A Responsabilidade dos Sócios, Administradores e Conselheiros Perante a Lei Anticorrupção. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, n. 125, AASP, dezembro de 2014.

MACMULLEN, Ramsay. *Corruption and the Decline of Rome*. New Haven: Yale University Press, 1989.

MADRUGA, Antenor. Corrupção da pessoa jurídica para apuração do ato de corrupção: investigação apropriada? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

MARIANO, Álvaro A.C. Reflexões Sobre a Reorganização Societária e a Lei Anticorrupção. *48 Visões Sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil. Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abertas. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Versão obtida digitalmente.

MARTÍN, Adán Nieto. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva Doctrina Penal*, nº 1, 2008.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 110, n. 3, 1995, p. 681-712.

_____. The Effects of Corruption on Growth, Investment, and Government Expenditure. *International Monetary Fund Working Paper*, September 1996. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882994, Acesso em: 16 jan. 2019.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da CF/88*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILESKI, Helio Saul. Corrupção. Aspectos jurídicos, políticos e econômicos. *Interesse Público*, n. 19, p. 237- 250, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Acordo de Leniência com a J&F Investimentos S/A*, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/acordo-leniencia>. Acesso em: 11 out. 2018.

MIR PUIG, Santiago; BREIER, Ricardo. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas – responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 47, 2014. Versão obtida digitalmente.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras. A Juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexos e Interpretações Prospectivas. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.

MUDROVITSCH, Rodrigo; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Acordos de leniência e reequilíbrio: força maior, imprevisão, função social e boa-fé. *Consultor Jurídico*, 3 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/improbidade-debate-leniencia-forca-maior-imprevisao-funcao-social-boa-fe-parte>, Acesso em: 8 abr. 2020.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do Procedimento de Recuperação Judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio (org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MURPHY, Kevin; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Allocation of Talent: Implications for Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 1991.

NAÇÕES UNIDAS. Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean, 2011*. Santiago, Chile: United Nations Publication, junho de 2012. Disponível em: <http://www.eclac.org/>. Acesso em: 21 out. 2013.

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

NETO, Miguel Pereira. A lei anticorrupção e a administração pública estrangeira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

NICHOLS, Philip M.; ROBERTSON, Diana (ed.). *Thinking About Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Compliance em Operações de Fusão e Aquisição (M&A): intercorrências e inferências a partir dos acordos de leniência no Brasil*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282044/mod_resource/content/0/COMPLIANC E%20EM%20OPERA%C3%87%C3%95ES%20DE%20FUS%C3%83O%20E%20AQUIS I%C3%87%C3%83O%20%28pdf%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282044/mod_resource/content/0/COMPLIANC%20EM%20OPERA%C3%87%C3%95ES%20DE%20FUS%C3%83O%20E%20AQUISIC%C3%87%C3%83O%20%28pdf%29.pdf). Acesso em: 09 jan. 2020.

_____; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Operações de fusão e aquisição e as intercorrências a partir dos acordos de leniência. In: CARVALHO, André Castro et al. (coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____; _____. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, ano 12, n. 141, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *21 respostas sobre Lei Anticorrupção e Lava Jato*. Portal JOTA. Publicado em 19 mar. 2015, Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. *Revista Consultor Jurídico*, 20.09.2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. Natureza jurídica de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica*, Rio de Janeiro, p. 455-460, 2014.

PAGOTTO, Leopoldo U.C. *O Combate à Corrupção: A Contribuição do Direito Econômico*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PANTANO, Tania. *Os limites da intervenção judicial na administração das sociedades por ações*. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma*. 3. ed. Milão: Ed. RCD Libri SpA, 1999.

PHILLIPS, Taylor. The Federal Common Law of Successor Liability and The Foreign Corrupt Practices Act. *University of Virginia Working Paper*, 2015.

PIERANGELLI, José Henrique. *A culpabilidade e o novo sistema penal*. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, São Paulo, vol. 3, p. 683-692. Versão obtida digitalmente.

PIMENTEL FILHO, André. Comentários aos Arts. 1º a 4º da Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhoz de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. O Fenômeno da Corrupção na História do Brasil. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et. al. *48 Visões Sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

PLETI, Ricardo Padovini. *Intervenção judicial em sociedade empresária*. Curitiba: Juruá, 2014.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. t. XLIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

PORTELA, Felipe Mêmolo. O Processo Administrativo de Responsabilização e sua Adequação aos Princípios do Direito Administrativo Sancionador. *48 Visões sobre a Corrupção*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

PRINCE, Jason E. A Rose by Any Other Name? Foreign Corrupt Practices Act-Inspired Civil Actions. *Advocate*, Mar./Apr. 2009.

PULINO, Marcos Vinícius; COELHO, Diego Gonçalves. Fundos de investimento em participação e a lei anticorrupção. *Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: LiberArs, 2015.

QUEIROZ, Rafel Mafei Rabelo. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Versão obtida digitalmente.

REGULES, Luís Eduardo Patrone. A lei anticorrupção e o terceiro setor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014, p. 237. Versão obtida digitalmente.

REINO DA ESPANHA. *Lei Orgânica nº 5*, de 22.06.2010. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/06/22/5>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPÚBLICA ARGENTINA. *Lei nº 27.401*, de 01.12.2017. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27401-296846/texto>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPÚBLICA ARGENTINA. Ministério de Justiça y Derechos Humanos. *Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de Ley nº 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2018. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/193241/20181004>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPÚBLICA DA COLÔMBIA. *Lei nº 1.778*, de 02.02.2016. Disponível em: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201778%20DEL%2002%20DE%20FEBRERO%20DE%202016.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPÚBLICA DO CHILE. *Lei nº 20.393*, de 02.12.2009. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPÚBLICA DO PERU. *Lei nº 30.424*, de 20.04.2016. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/161>. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Agence Française Anticorruption. *Charte des droits et devoirs des parties prenantes aux controles*. Paris, 2019. Disponível em: https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/charte_droits_devoirs_unique%20controles.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Agence Française Anticorruption. *Guide pratique La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, 2019. Disponível em: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2019-01-29-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. *Lei nº 1.691*, de 01.06.2017. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&dateTexte=20171003>. Acesso em: 09 jan. 2020.

RESENDE, Andre Lara. Corrupção e Capital Cívico. *Valor Econômico*, edição de 31 de julho de 2017.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*, São Paulo, vol. 3, p. 1035-1050, 2011. Versão obtida digitalmente.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROBERTSON, Christopher; WATSON, Andrew. Corruption and Change: The Impact of Foreign Direct Investment. *Strategic Management Journal*, n. 25, College of Business Administration, Northwestern University, Boston MA, 2004.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. A culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, São Paulo, vol. 3, 2010, p. 387-408. Versão obtida digitalmente.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, n. 7, p. 131-142, 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government. Causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. *Corruption: a study in political economy*. New York: Academic Press, 1978. Versão digital. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/251120153307_SusanRoseAckermanCorruption.AStudyinPoliticalEconomy.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

_____. *International handbook on the economics of corruption*. Northampton: Edgard Elgar Publishing, 2006.

ROTHSTEIN, Bo et al. *Making sense of corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

SAMPAIO, Gabriel de Carvalho; VAZZOLER, Anna Claudia Pardini. Lei anticorrupção e a abrangência do inciso V do art. 5º. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014. Versão obtida digitalmente.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloísa M. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseada na culpabilidade corporativa*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SEC Release N. 34-17500, 29 de janeiro de 1981.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. A Responsabilidade Objetiva da Lei Anticorrupção. *Revista do Advogado*, ano XXXIV, nº 125, AASP, dezembro de 2014.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. Corruption. *Quarterly Journal of Economics*. CIX: 599-617, 1993.

SILVA, Alexandre Couto. *A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Administração). 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-23012005-200501/pt-br.php>.

_____. *Governança corporativa, desempenho e valor da empresa no Brasil*. 2002. Dissertação (Mestrado em Administração). 2002. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002-102056/pt-br.php>.

SILVEIRA, Luciana Dutra de. *A nova geração de leis anticorrupção: os possíveis impactos da Lei da Empresa Limpa para o comércio internacional brasileiro*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. Why *compliance* programs fail – and how to fix them. *Harvard Business Review*, mar./abr. 2018.

SPERCEL, Thiago. Considerações sobre a responsabilidade solidária do grupo econômico por atos de corrupção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 947/2014, p. 281. Versão obtida digitalmente.

SPINELLI, Luis Felipe. *Intervenção judicial na administração de sociedades*. São Paulo. Almedina, 2019.

SPITZ, Nicolas. La Réparation des Préjudices Boursiers. *Revue Banque Édition*, Paris, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A Proibição de Contratar com o Poder Público e seus Efeitos sobre os Grupos Empresariais. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. Limites da Desconsideração da Personalidade Jurídica na Sanção de Impedimento de Contratar com a Administração Pública. *Pareceres*. vol. III. São Paulo, RT, 2013.

SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Versão obtida digitalmente.

TANZI, Vito, Corruption. Governmental Activities and Markets. *IMF Working Papers* 94/99, Washington, DC, 1994.

TEDESCHI, Sérgio Henrique. *Contrato de Trespasse de Estabelecimento Empresarial e sua Efetividade Social*. Curitiba: Juruá, 2010.

THAKUR, Upendra. *Corruption in Ancient India*. Delhi: Abhinav Publications, 1979.

THE WORLD BANK. *Doing Business Data*. Disponível em: www.doingbusiness.org/data/. Acesso em: 15 mai. 2014.

THE WORLD BANK. *Doing Business Report 2014*. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/rankings>. Acesso em: 15 mai. 2014.

TIEDEMANN, Klaus. Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, vol. 2, 1988.

_____. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Versão obtida digitalmente.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2019*. Disponível em: https://www.transparency.org/files/content/pages/2019_CPI_Report_EN.pdf. Acesso em: 23 jan. 2020.

UNITED KINGDOM. *Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions*. Disponível em: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bribery-act-2010-joint-prosecution-guidance-director-serious-fraud-office-and#a19>. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED KINGDOM. Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010 – Guidance*. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181762/bribery-act-2010-guidance.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED KINGDOM. *The Bribery Act 2010 – Quick Start Guide*. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/181764/bribery-act-2010-quick-start-guide.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED KINGDOM. *United Kingdom Bribery Act, de 08.04.2010*. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of the US Department of Justice; Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission. *A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Criminal Division of U.S. Department of Justice; Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. *FCPA. A resource guide to the U. S. Foreign Corrupt Practices Act*.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Former Morgan Stanley Managing Director Pleads Guilty for Role in Evading Internal Controls Required by FCPA*, 25.04.2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA, DOJ, Fraud Section. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Disponível em: [em https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download](https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download). Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 09 jan. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. *U. S. Sentencing Guidelines*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/guidelines/2015-guidelines-manual/2015-chapter-8>. Acesso em: 09 jan. 2020.

VALE, Murilo Melo. A Lei anticorrupção empresarial: um contraponto à agenda de combate à corrupção. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBFEP*, Belo Horizonte, n. 11, p. 191-214, 2015.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Acordos e Leniência: A Experiência Nacional e Internacional de Combate a Cartéis e sua Transposição para o Combate à Corrupção no Brasil. *Corrupção: Ensaio sobre a Operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons, CEDPAL, 2019.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *A sanção no direito administrativo brasileiro*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

VIDAL NETO, Ademar. *Intervenção judicial na administração de sociedade: nomeação de administrador provisório*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WALD, Arnoldo. Parecer. *A Responsabilidade Civil da Empresa Perante os Investidores*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

WARIN, Joseph. Nine Lessons of 2009: The Year-in-Review of Foreign Corrupt Practices Act Enforcement. *38 Securities Regulation Law Journal* 19, 2010.

_____. Somebody is Watching Me: FCPA Monitorships and How They Can Work Better. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, vol. 13, 2011.

WEISSMAN, Howard. Assistant Gen. Counsel, Lockheed Martin Corp., em painel *Roundtable: The Foreign Corrupt Practices Act – Its Many Lives*, Metro. Corp. Couns. (July 1, 2005).

WESTBROOK, Amy. Double Trouble: Collateral Shareholder Litigation Following FCPA Investigations. *Ohio State Law Journal*, 2018.

WILSON, Ronald C. *Ancient Republicanism: its Struggle for Liberty Against Corruption*. New York: P. Lang, 1989.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness 2013 – 2014*. Genebra, Suíça, 2013. Disponível em:

www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1, parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.