

**DOCTRINA**

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015  
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL

# A&C

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- .  
– Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis  
Daniel Wunder Hachem  
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial  
Felipe Klein Gussoli

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármen Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasí (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

#### Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública

Emerson Gabardo

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e Professor de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: <e.gab@uol.com.br>

Gabriel Morettini e Castella

Pesquisador Bolsista do PIBIC/CNPq na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: <gabriel\_ca\_stella@hotmail.com>

---

Resumo: O presente artigo aborda a complexidade que envolve o fenômeno da corrupção. A princípio, existe notável acordo em considerá-la como um evento que resulta de fatores econômicos, sociais, institucionais, políticos e históricos, afetando o desenvolvimento de qualquer país do mundo. Diante deste cenário, desencadeou-se em âmbito mundial um movimento anticorrupção consistente na concentração de esforços de organismos internacionais em busca de soluções transnacionais de combate à corrupção. Neste contexto, atendendo a compromissos internacionais assumidos em convenções da ONU, OEA e, principalmente, da OCDE, o Brasil, em agosto de 2013, aprovou o Projeto de Lei 6.826/2010, criando a chamada Lei Anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013). De forma inovadora, a norma em análise internalizou no ordenamento jurídico pátrio um conjunto de medidas transnacionais de combate à corrupção, preventivas e repressivas, modificando a postura do legislador, reconhecendo a existência de outros mecanismos mais adequados para atingir seus fins, como a estipulação de sanções civis e administrativas às pessoas jurídicas. Com a regulamentação do mencionado dispositivo, um novo instrumento adquiriu notoriedade, o compliance. O instituto desponta como mecanismo de fomento à participação do setor privado no gerenciamento de riscos e fraudes que circundam a Administração Pública. Isto posto, diante da referida problematização, buscou-se através do método dialético, com base na doutrina, lei e artigos, ainda que sucintamente, abordar a regulamentação dos programas de compliance de acordo com a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e seu decreto especificador.

Palavras-chave: Empresa. Compliance. Lei anticorrupção empresarial. Moralidade Administrativa. Intervenção estatal.

Sumário: 1 Introdução – 2 Apresentação do compliance – 3 Questões fundamentais nos programas de compliance – 4 O compliance e a Lei 12.846/2013 – 5 Os princípios da Administração Pública na aplicação do compliance – 6 Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

A doutrina vem se esforçando para estabelecer modelos explicativos acerca do fenômeno da corrupção no mundo e, particularmente, no Brasil.<sup>1</sup> Popularmente, corrupção pode englobar uma série de atos, que podem compreender: ganho ilícito, fraude, falsificação, peculato, suborno, clientelismo, entre outros. Isto posto, torna-se difícil elaborar um conceito único acerca do fenômeno da corrupção. Há uma gradação bastante significativa quando se começa a observar os pequenos desvios do cotidiano (como o descumprimento da fila) até o crime organizado (cujo ato corruptivo é penalizado de forma especial pelos Estados modernos).<sup>2</sup>

Ao tentar delimitar um critério objetivo para se definir corrupção, Felipe Eduardo Hideo Hayashi argumenta que dentro de um sistema jurídico é a lei que diz o que é considerado corrupção. Por sua vez, o Direito pauta-se na observação da realidade no seu entorno (observando a cultura, os costumes e os valores impregnados em um dado momento histórico da sociedade). Deste modo é que são classificadas certas condutas como ilícitos de natureza penal, civil ou administrativa.<sup>3</sup> Tudo depende do contexto geográfico e cronológico em que se insere a questão. Ou, como preferem os historiadores culturais: há uma dependência da esfera de mentalidades.<sup>4</sup>

Nota-se, portanto, que a corrupção é um fenômeno complexo, passível de análise a partir de múltiplas perspectivas. Independente do fato de não existir conceito jurídico acerca do que, efetivamente, consiste a corrupção, parece haver um forte consenso de que ela é um ato portador de grande nocividade. Admite-se, inclusive, que a corrupção é um fenômeno capaz de influenciar até mesmo o desenvolvimento econômico-social de todo um país.<sup>5</sup>

Ao observar esse panorama, atendendo a compromissos internacionais assumidos em convenções da ONU, OEA e, principalmente, da OCDE, a República Federativa do Brasil, em agosto de 2013 aprovou o Projeto de Lei 6.826/2010, criando a chamada lei anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013). No ambiente internacional já faz algum tempo que vem sendo delineado um sistema de combate à corrupção com várias ações internacionais neste sentido.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

<sup>2</sup> BREI, Zani Andrade. *A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema*. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

<sup>3</sup> HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2707](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2707)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

<sup>4</sup> CHARTIER, Roger. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

<sup>5</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. *O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 89, 2011, mar., p. 429-470.

<sup>6</sup> Sobre o assunto é interessante a obra de Larissa Ramina: RAMINA, Larissa L. O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2003.

Em nível nacional, a recente Lei 12.846/2013 impôs uma série de normas e institutos jurídicos, entre eles a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Desta forma, o Poder Público brasileiro está ainda mais habilitado juridicamente para lidar com desvios de conduta das mais diversas ordens. Foram conferidos ao Estado mecanismos administrativos eficazes e céleres para responsabilizar, educar e obter o ressarcimento do erário em face de atos de corrupção e fraudes praticadas por pessoas jurídicas e seus agentes, especialmente nas licitações públicas e na execução dos contratos.<sup>7</sup> A tais mecanismos administrativos ainda se agregam os judiciais.

Importante salientar que até a criação da referida norma, ainda não havia no Brasil qualquer lei que tornasse possível a aplicação de penalidades as pessoas jurídicas envolvidas especificamente em suborno estrangeiro, em manifesta ofensa ao artigo 2 da Convenção da OCDE sobre combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. O artigo 3 da Convenção prevê que, caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico do Estado membro, não se aplique a pessoas jurídicas, deverão os países signatários, submeter as pessoas jurídicas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, entre elas as civis e administrativas, inclusive sanções financeiras.

No Brasil havia pelo menos três leis que poderiam servir como possível base para impor responsabilidade administrativa a pessoas jurídicas envolvidas em caso de suborno estrangeiro. São elas: Lei 8.666 de 21 de junho 1993 (Licitações); Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976 (Mercado de Valores Mobiliários); e Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 (Proteção da Ordem Econômica). Entretanto, consoante análise exposta no Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007, nenhuma das referidas leis gerava a perspectiva de que uma pessoa jurídica seria julgada pelo delito de suborno estrangeiro.<sup>8</sup>

Segundo o relatório da OCDE, a Lei 8.666/1993 não poderia ser aplicada conforme os objetivos da convenção, eis que está relacionada às licitações públicas domésticas e deixa de prever sanções monetárias às pessoas jurídicas. Em relação à Lei 6.385/76, por ser de âmbito inteiramente doméstico, prevendo somente penalidades para pessoas com certa relação com a empresa e se aplicando apenas às companhias abertas, seria

<sup>7</sup> ORTOLAN, Marcelo A. Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe A. Pizzato. Combate à Corrupção nas Licitações e Contratos Públicos – Questões Centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159-199.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007. p. 63. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2\\_portugues.pdf](http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2014.

insuficiente para o cumprimento dos artigos 2º e 3º da Convenção. Por fim, quanto à Lei 8.884/94, aduz o relatório que referida norma se aplica especificamente ao comportamento anticoncorrencial, o que poderia indiretamente envolver suborno estrangeiro, mas somente se afetar o mercado brasileiro; medida esta insuficiente, considerando os objetivos da Convenção.

Observando este panorama, a OCDE, após analisar as atitudes tomadas pelo Brasil no combate à corrupção, recomendou a reforma da legislação para a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos delitos de imoralidade administrativa que envolvam funcionário público estrangeiro.<sup>9</sup> Sendo assim, a República Federativa do Brasil, em agosto de 2013, aprovou o Projeto de Lei 6.826/2010, criando a chamada lei anticorrupção empresarial (Lei nº 12.846/2013). Como muito bem expôs o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, referida norma ingressou no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”, composto pela Lei nº 8.429/1992 (Lei de combate à improbidade administrativa), pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei nº 8.666/1993), pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), e pelo artigo 312 do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública.<sup>10</sup>

Logo, em conformidade com o exposto pelo ex-ministro-chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, a chamada lei anticorrupção empresarial constitui a mais recente peça acrescentada à construção iniciada em 2003, do Sistema Brasileiro Anticorrupção, e não da iniciativa isolada dos protestos de 2013, que podem até ter acelerado sua aprovação (mas nada mais que isso).<sup>11</sup> Ademais, é notória a influência da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE na elaboração da nova lei anticorrupção empresarial, bem como outros diplomas: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,<sup>12</sup> e da Convenção Interamericana contra a Corrupção,<sup>13</sup> além da Convenção de Palermo que inseriu a cor-

<sup>9</sup> “Em dezembro de 2007, o Brasil ainda não tinha tomado as medidas necessárias para estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas pelo suborno de funcionário público estrangeiro de acordo com seus princípios legais. Da mesma maneira, os examinadores concluíram que o atual regime estatutário para a responsabilidade de pessoas jurídicas nos termos da legislação brasileira é inconsistente com o Artigo 2 da Convenção. Os examinadores consideram essa situação como uma falha grave da lei que necessita ser urgentemente corrigida” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007, p. 63. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2\\_portugues.pdf](http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2014).

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. Fórum Administrativo – FA, ano 14, n. 156, fev. 2014, p. 9-20.

<sup>11</sup> HAGE, Jorge. Avanço Irreversível. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º fev. 2000.

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto nº 4.411, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Diário Oficial da União [da] República

rupção no contexto da criminalidade internacional.

A partir das referidas convenções é que se deve analisar um tema que adquiriu enorme relevância a partir da Lei 12.846/2013: o da necessidade do desenvolvimento dos programas de compliance pelas pessoas jurídicas, a fim de serem detectadas, processadas e solucionadas condutas previstas na lei anticorrupção no âmbito interno da empresa, podendo amenizar as possíveis sanções administrativas e/ou judiciais.<sup>14</sup>

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

Com o intuito de adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, o artigo 12, 2, f, do capítulo II, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promoveu importante inovação jurídica, a qual se reflete no artigo 7º, VIII, da Lei 12.846/2013 e em seu regulamento (Decreto 8420/2015).

A fixação de critérios objetivos é importante para a melhor aplicação da lei. Notadamente por parte da Controladoria-Geral da União torna-se necessária uma conduta forte, porém cautelosa, de modo que se possa orientar os comportamentos das empresas interessadas em relacionar-se com a Administração Pública. A má interpretação da regulamentação poderá acarretar aplicações distorcidas, provocando indesejável insegurança nas empresas. Logo, tem-se que a hermenêutica da norma sancionadora deve sempre ser clara e precisa, de modo que se permita assegurar ampla previsibilidade de comportamentos por parte tanto dos agentes privados quanto dos agentes públicos. Sendo assim, torna-se pertinente a análise detalhada da estrutura dos programas de compliance recentemente introduzidos formalmente no ordenamento brasileiro, de modo a colaborar na orientação das condutas das pessoas jurídicas interessadas em se relacionar com a Administração Pública.<sup>15</sup>

## 2 Apresentação do compliance

Com o recrudescimento das leis e a forte pressão internacional, objetivando-se estimular a participação do setor privado no gerenciamento adequado de variáveis, surgiu

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 out. 2002.

<sup>14</sup> HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável. 2014. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. P. 132.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43 out./dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9886>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, o instituto do compliance. A ideia surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, onde se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de compliance, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, precisamente em nove de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções como multas e outras penalidades.<sup>16</sup> Ainda, merece destaque o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terroristas de 11 de setembro. Em seu artigo 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro.<sup>17</sup>

Verifica-se, portanto, que o compliance pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva. O termo compliance, para maior parte da doutrina, está ligado ao verbo inglês to comply e pode ser compreendido, basicamente, como estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente.<sup>18</sup> Os programas de conformidade também estão ligados à denominada “governança corporativa”, ou seja, um sistema de direção e organização empresarial, abarcando mecanismos regulatórios de mercado. Isto posto, os “programas de integridade” são considerados por muitos como elementos essenciais das práticas negociais.<sup>19</sup>

Todavia, importante salientar que o compliance não se limita aos sistemas de controle internos de uma instituição para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques aos clientes, investidores e fornecedores. O instituto do compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade

<sup>16</sup> CERVINI, Raul. Quo vadis? El cumplimiento normativo. Revista Brasileira de Ciências Criminas. v. 92, ano 11, p. 337.

<sup>17</sup> “Section 352: Anti-Money Laundering Programs Requires financial institutions to establish anti-money laundering programs, which at a minimum must include: the development of internal policies, procedures and controls; designation of a compliance officer; an ongoing employee training program; and an independent audit function to test programs” (Disponível em: <[http://www.fincen.gov/statutes\\_regs/patriot/](http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/)> Acesso em: 17 jul. 2014).

<sup>18</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303.

<sup>19</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1, p. 75-102.

com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores. De outro modo, o segundo campo é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro).<sup>20</sup>

De todo o exposto, verifica-se que o compliance tem como função principal garantir o cumprimento das normas e processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da empresa, seguindo as normas estabelecidas pela legislação nacional e internacional, conforme o ramo de atividade empresarial em que atua. Conseqüentemente, com o intuito de regular o mercado econômico global, nota-se que as normas de Direito administrativo sancionador tem convergido, balizadas por tratados e convenções que acabaram impulsionando a criação da Lei 12.846/2013.

### 3 Questões fundamentais nos programas de compliance

Conforme exposto anteriormente, o compliance pode e deve ser utilizado, tanto como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas, como um valioso instrumento de transferência de responsabilidade, evitando-se ou amenizando, assim, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica. Dessa forma, torna-se necessário investigar as diretrizes para elaboração de Programas de Prevenção efetivos, de acordo com as normas nacionais e internacionais.

No Brasil, um dos primeiros documentos registrados que passam a tratar sobre a estrutura dos controles internos, surgiu com a publicação da Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998, editada pelo Conselho Monetário Nacional. A norma mencionada teve sua origem inspirada no Comitê de Supervisão Bancária da Basileia que, no mesmo ano, emitiu um documento descrevendo treze princípios fundamentais de um sistema de controle interno.<sup>21</sup> Ainda, merecem atenção as inovações decorrentes da Lei 12.683/12, bem como da Resolução 20 do Coaf (Conselho de Atividades Financeiras), órgão criado para o combate ao delito de lavagem de dinheiro e para a recuperação de ativos.

Considerando todo este arcabouço normativo, seria possível questionar: como conciliar os deveres de compliance e suas sanções administrativas, com o direito de não fazer prova contra si mesmo?<sup>22</sup>

Tratar com sanções graves, porém sem recorrer à criminalização das condutas, é uma

<sup>20</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance..., Op. cit., p. 303.

<sup>21</sup> GRAZZIOTIN, Carlos Augusto. Controles Internos e Gestão de Riscos em Instituições Financeiras. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4259/000349159.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>22</sup> Em síntese, Gloeckner declara: "Em se admitindo a hipótese de que as pessoas destinatárias dos deveres compliance possam sofrer as sanções administrativas pelo descumprimento das diretrizes normativas quando suspeitas ou acusadas de prática do delito de lavagem de dinheiro, haveria inevitavelmente uma grave violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*" (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102).

característica própria do Direito administrativo sancionador; um ramo do Direito público que possui rol particular de princípios constitucionais muito próximos do Direito criminal (tais como: tipicidade, irretroatividade, culpabilidade, non bis in idem, devido processo legal, presunção de inocência e prescritibilidade).<sup>23</sup> E é justamente isso o que faz a recente normatização da matéria no Brasil. Cada vez mais se intensifica o Direito administrativo sancionador para favorecer o cumprimento dos deveres de conformidade estipulados no ordenamento positivo. Todavia, as atividades de compliance devem avaliar as situações enfrentadas pelas pessoas jurídicas de acordo com a finalidade de cada empresa, testando rotineiramente sua frequência. A padronização de procedimentos é interessante, mas deve ser adotada com cautela, pois o perfil das empresas é radicalmente distinto, notadamente se considerada a diferença de regimes entre empresas de capital aberto e fechado, entre companhias de personalidade jurídica pública e privada, ou mesmo entre micro e pequenas empresas e as grandes multinacionais.<sup>24</sup>

A Portaria MJ 14/2004, alterada pela Portaria MJ 48/2009, estabeleceu as diretrizes para elaboração de programas de compliance antitruste no Brasil, que poderão ser depositados na SDE – Secretaria de Direito Econômico. A descrição do programa, conforme exposto na Portaria, deverá conter, dentre outros elementos: (a) a criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários do depositante; (b) a indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos no programa; (c) a indicação do grau de delegação e fiscalização, pelos dirigentes do depositante, dos poderes de negociação, bem como de efetiva prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com os agentes dos mercados onde atua o depositante; e (d) os mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica.

Mas é importante destacar que as obrigações do profissional responsável pelos programas de compliance (e isso é extensivo às empresas como um todo, incluídos seus dirigentes) são obrigações de meio e não de resultado. Deve-se, portanto, orientar todos os esforços necessários, tomando em conta os recursos humanos e materiais que estejam à disposição, para a minimização dos riscos.<sup>25</sup> Mas isso não significa que todo o esforço realmente será eficiente para a obtenção do resultado, qual seja: a proibidade institucional.

Ademais, a adoção de programas de compliance no Brasil, mesmo com a criação da Lei 12.846/2013, ainda não é obrigatória para as empresas que objetivam contratar com a Administração Pública. E mesmo que a pessoa jurídica decida por elaborar um programa,

<sup>23</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>24</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. *Direito Penal e Criminologia*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102.

<sup>25</sup> CERVINI, Raul. *Quo vadis?* Op. Cit., p. 337.

não está obrigada a fazê-lo seja pelos moldes propostos pela Portaria MJ 48/2009, seja pela orientação do Decreto 8420/2015. Pelo contrário, possui discricionariedade para criar programas de acordo com suas características específicas, de modo a prevenir a ocorrência de ilícitos no âmbito da organização.<sup>26</sup>

Logo, por consequência, no Brasil seria interessante a elaboração de lei específica que contemplasse, de forma expressa e geral, os programas de compliance como obrigatórios nas corporações (ao menos a partir de um determinado patamar institucional, econômico e jurídico), de forma a tornar compulsória a instituição de tais programas.

#### 4 O compliance e a Lei 12.846/2013

Como apontado anteriormente, a Lei Anticorrupção estimula as empresas a possuírem programas de compliance, podendo, em razão disso, atenuar as possíveis sanções administrativas e/ou judiciais. Após vários meses de vigência da Lei, finalmente o Governo Federal aprovou um regulamento sobre a matéria, reduzindo a grande insegurança jurídica até então existente.

No período de véspera da regulamentação da lei anticorrupção, representantes da CGU estavam se manifestando em vários eventos de forma tal que já era possível antever qual seria a normativa a ser editada, principalmente em relação aos critérios de avaliação. Os parâmetros para avaliação esperados, e que se confirmaram com a edição da lei, são baseados em três pilares: a estrutura do programa; detalhes sobre a pessoa jurídica; e uma avaliação da eficiência do programa.<sup>27</sup>

Constata-se no Decreto nº 8.420, de 18 de março 2015, logo no início, no parágrafo único do art. 41, a estipulação de que o projeto de compliance a ser aplicado deve considerar as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido planejamento, visando garantir sua efetividade. O artigo 42 estabeleceu, mediante um rol taxativo, os parâmetros para avaliação dos programas de integridade, entre os quais se destaca o inciso XVI, ao definir como critério a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos, medida esta que pode perder o objeto caso o julgamento da ADI 4650 no Supremo Tribunal Federal seja procedente. Ainda, merece atenção o §3º do artigo 42, ao atenuar as exigências para aferição da efetividade do compliance nas microempresas e empresas de pequeno porte; medida esta que já era pleiteada pelo setor privado.

<sup>26</sup> ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil Os programas de compliance como boas práticas de governança. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, v. 20. jul. 2011, p. 253.

<sup>27</sup> AYRES, Carlos. Uma Atualização Sobre o Que Esperar da Iminente Regulamentação da Nova Lei Anticorrupção do Brasil. Disponível em: <<http://lecnews.com/novo/uma-atualizacao-sobre-o-que-esperar-da-iminente-regulamentacao-da-nova-lei-anticorruptcao-do-brasil/>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

Antes desta regulamentação federal, em 13 de maio de 2014 o Município de São Paulo publicou o Decreto nº 55.107/14, que disciplina alguns dispositivos da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) em âmbito municipal. Quanto aos mecanismos de integridade, o Decreto, no seu artigo 24, fixou os primeiros parâmetros para o reconhecimento do compliance, estabelecendo, na oportunidade, que até a publicação pelo Poder Executivo Federal, do regulamento a que se refere o “caput” do artigo mencionado, considerar-se-ia, única e exclusivamente, no âmbito da pessoa jurídica: a existência de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento, a efetividade dos sistemas de controle interno, a utilização de códigos de ética e conduta para funcionários e colaboradores, a existência de sistemas de recebimento e apuração de denúncias que assegurem o anonimato, a adoção de medidas de transparência na relação com o setor público e a realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a política interna de integridade.

Embora tenha publicado seu regulamento antes do Município de São Paulo, por meio do Decreto nº 10271, de vinte e um de fevereiro de 2014, o Estado do Paraná que- dou-se silente em relação à regulamentação dos programas de compliance. No mesmo sentido dispõe o Decreto 4.954, de 13 de dezembro de 2013, do Estado do Tocantins, o primeiro a regulamentar a Lei 12.846/2013, contudo, sem qualquer inovação quanto ao disposto no artigo 7º, inciso VIII da referida Lei. Trataram-se de normativas redundantes de caráter meramente formal. Deste modo, não interferem em nada na efetivação do sistema. Os Estados, ou terão que aplicar o Decreto federal, ou terão que regulamentar novamente a matéria em nível local.

Na hipótese sobre a incorporação ou fusão de pessoas jurídicas, desde a elaboração do Projeto de Lei nº 6.826/2010, a doutrina se atentava para a necessidade de se levar em consideração na aplicação de sanções a adoção de programas de compliance pela pessoa jurídica sucessora, quando as infrações fossem posteriormente descobertas.<sup>28</sup> Isto posto, verifica-se que o Decreto 8.420/2015, especificamente no inciso VII do §1º do artigo 42, estabeleceu como critério a ser considerado na avaliação dos programas de integridade a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, tendo em vista a responsabilidade solidária a que estão sujeitas, conforme estabelece o artigo 4, §1º e §2º da Lei Anticorrupção.

Fato é que a Lei 12.846/2013 revela uma importante mudança, expandindo os mecanismos punitivos para além do Direito penal. Nota-se relevante alteração normativa promovida pelo legislador, de modo que na lei anticorrupção reconheceu a existência de outros mecanismos mais adequados ao sistema jurídico-penal para atingir seus objetivos.<sup>29</sup> Contudo, muito se discute sobre qual seria a real natureza dessa norma. Há al-

<sup>28</sup> ORTOLAN, Marcelo A. Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe A. Pizzato. *Combate à Corrupção...*, Op. Cit., p. 195.

<sup>29</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Considerações iniciais acerca da lei anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal*. Cadernos Jurídicos OAB Paraná, nº 50 – Abril 2014.

guns autores que afirmam que as consequências/sanções, suas extensões e gravidades são equiparadas às criminais, eis que para as pessoas jurídicas previstas na lei de crimes ambientais (Lei 9.605/98) as sanções são mais leves do que as instituídas pela lei anticorrupção.<sup>30</sup> Entretanto, o peso simbólico das sanções administrativas também está presente no efeito preventivo. A atribuição de responsabilidade às empresas acaba por exigir o incremento do autoconhecimento de sua estrutura e o reforço dos mecanismos internos de controle de ilícitos.<sup>31</sup>

Além do exposto, questiona-se o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). É controverso o entendimento de que as empresas devem tornar-se obrigadas a prevenir e descobrir os desvios e transgressões tipificadas como corrupção, transformando-se em colaboradoras do Estado. Os deveres das empresas devem estar devidamente tipificados, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso II, da Carta Magna.

De todo modo, a grande questão é que, por estampar característica punitiva, deve-se conduzir a aplicação dos programas de compliance em conformidade com os princípios do Direito administrativo sancionador.<sup>32</sup> Na realidade, a discricionariedade do agente ao aplicar a norma sancionadora está atrelada a uma série de princípios constitucionais. Observa-se que com a implantação do Estado de Direito, as normas de Direito público exibiram suas principais funções de limitar e controlar o poder do Estado, de modo a coibir os excessos e desvios praticados no exercício do poder político em desfavor dos cidadãos.<sup>33</sup>

Consequentemente, a doutrina entende que os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, em especial, os princípios da legalidade – artigo 5º, XXXIX; princípio da irretroatividade – artigo 5º, XL; princípio da intranscendência da pena – artigo 5º, inciso XLV; princípio do devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV; princípio da ampla defesa e do contraditório – artigo 5º, inciso LV, tornaram-se elementos indispensáveis para aplicação do *ius puniendi* estatal. Sobre o tema, Diogo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, argumentam que o poder punitivo estatal deve ser interpretado a partir deste núcleo constitucional, inclusive em relação à nova lei anticorrupção empresarial.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Nessa linha, aduz Pierpaolo Bottini: “Isso significa que, independente do nome dado pelo legislador, a gravidade ou extensão das sanções previstas na Lei 12.846/13 corresponde ou ultrapassa aquelas previstas em normas expressamente incriminadoras. Há um caráter de lei penal encoberta na norma em discussão” (BOTTINI, Pierpaolo. A Lei Anticorrupção como Lei Penal Encoberta. Disponível em: <<http://lecnews.com/novo/a-lei-anticorruptao-como-lei-penal-encoberta/>>. Acesso em: 22 jul. 2014).

<sup>31</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O combate..., Op. Cit., p. 454-455.

<sup>32</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorruptao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>33</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia..., Op. cit.

<sup>34</sup> “Portanto, a Lei nº 8.249/92 – mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – e a Lei nº 12.846/13 – que vem sendo denominada como Lei Anticorrupção e que prescreveu a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública – não podem ter outro fundamento axiológico senão os princípios que irradiam da Constituição Federal” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia..., Op. Cit.).

Em vista disso, deve-se considerar a aplicação dos referidos princípios quando estiver a Administração Pública na condução dos processos administrativos que abordem a efetividade dos programas de compliance. Desse modo, é sob o comando dos princípios da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade (entre outros) que deverá ocorrer a aplicação das sanções, destacando-se como a busca do resultado ótimo, que cabe ao Estado alcançar,<sup>35</sup> de forma imparcial, neutra, transparente e participativa,<sup>36</sup> visando aperfeiçoar os métodos para a aplicação da Lei 12.846/2013.

Em outras palavras, quando se estiver diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de determinada pessoa jurídica, deve-se examinar toda a estrutura dos programas de compliance, observando-se sempre os princípios incidentes ao caso, para aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013.

## 5 Os princípios da Administração Pública na aplicação do compliance

Quando se pensa em compliance, pensa-se em moralidade administrativa. Correto, mas este não é o único princípio condutor da justificação e controle de tais programas. É importante considerar a importância da aplicação dos princípios da eficiência administrativa e da razoabilidade ou proporcionalidade na estruturação dos programas de integridade e conformidade com regras de conduta ética. O princípio constitucional da eficiência está previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal, servindo como importante parâmetro para o controle da atividade econômica, em que pese destine-se, inicialmente, só à estrutura orgânica do Estado. Já o princípio da razoabilidade/proporcionalidade é uma norma constitucional implícita destinada à Administração Pública, mas que também está presente no regime jurídico de Direito privado.

A regulação da atividade econômica em sentido estrito intensifica-se na exata medida do aumento da intervenção do Estado na autonomia privada.<sup>37</sup> O Estado social típico do século XX aos poucos abandonou os princípios liberais de dissociação entre as esferas pública e privada, visando garantir a maior justiça das relações sociais.<sup>38</sup> Se por um lado

<sup>35</sup> GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002, p. 128 e ss.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 341.

<sup>37</sup> Nesse sentido, destaca-se o exposto por Justo José Reyna "Es exigible una concepción holística o sistémica que vincule a la Administración cerrada con el entorno que la rodea; para pasar a ser ella la integrante de un todo interrelacionado. Esta concepción aporta soluciones adecuadas para responder a las demandas de lo contemporáneo en materia de reformas de la Administración Pública" (REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun. 2014).

<sup>38</sup> GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise simbólica das estruturas de direito político. Barueri: Manole, 2003, p. 188.

tornou-se historicamente legítima a aplicação do princípio da eficiência em alguns campos específicos antes relegados ao campo da liberdade total, por outro lado esta intervenção deve ser sempre proporcional. Seja na imposição de controles para o ingresso ou saída de um setor econômico, seja na ordenação da relação entre empresas (concorrência), seja no abrandamento das falhas do mercado, ou mesmo na garantia de satisfação dos cidadãos,<sup>39</sup> o Estado precisa ser ao mesmo tempo eficiente e razoável.<sup>40</sup>

Por outro lado, as empresas possuem deveres legais cada vez mais intensos. Ao contrário do comum discurso contemporâneo desestruturador do Direito público (nascido na década de 1990 e que propugna por uma “fuga do direito público”),<sup>41</sup> cada vez mais o Direito privado se publiciza. A máxima diferenciadora entre os deveres do Estado e dos particulares perante a lei merece uma nova reflexão. Ou seja, dizer que “ao administrador público é dado fazer somente o que a lei expressamente prevê e aos particulares é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe” é algo simplista. O princípio da legalidade (ou juridicidade para aqueles que assim preferem) está cambiando de conteúdo. Agora, os agentes privados também não podem praticar vários atos, ainda que a lei não proíba. E têm que praticar outras ações, ainda que a lei não os obrigue. Por outro lado, o administrador, que antes estava preso a um rígido sistema punitivo ao qual não era possível ter disposição ou maleabilidade, agora pode ser “leniente”; ou seja, pode transacionar; pode negociar as sanções como se um agente privado fosse. Para tanto, poderá considerar, com alta margem de discricionariedade, se as medidas de precaução interna adotadas justificam a atenuação (ou mesmo supressão) das penas.<sup>42</sup>

Nesse contexto, ressalta-se a importância dos órgãos responsáveis pela regulação dos programas de compliance, de modo a possibilitar a orientação das condutas e comportamentos das empresas interessadas em se relacionar com a Administração Pública. Afinal, tais empresas terão que, cada vez mais, aplicar dentro de si uma “ética de caráter público”. Ou, no mínimo, terão que ter uma ética privada praticada “em público”. O que denota também uma nova forma de incidência do princípio da publicidade. Não basta ter um programa de integridade, é preciso “mostrar que tem” – e o quanto funciona (ou seja, volta-se à eficiência).

Este é um sistema que ultrapassa de forma significativa a ideia liberal de gestão empresarial. A teoria geral da infração administrativa cada vez mais está influenciando a prática interna das empresas, misturando as espécies de ilícitos a partir de um regime constitucional único. O que não implica a inexistência de distinções no momento da caracterização do ilícito e da definição da responsabilidade (principalmente quando o caso

<sup>39</sup> GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado..., Op. Cit., p. 189.

<sup>40</sup> BUOSO, Elena. Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa. Milano: CEDAM, 2012.

<sup>41</sup> ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

<sup>42</sup> Sobre o acordo de leniência, ver: SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à lei 12.846/2013 – Lei anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 232 e s.

é de imposição de uma responsabilidade objetiva – cuja questão da vontade torna-se desimportante).<sup>43</sup> Achar que falta de ética seria uma característica típica do setor público ou seria típica do setor privado não tem sentido. Qualquer teoria que parte de uma dessas duas premissas é falsa e não terá capacidade explicativa sobre como se deu a história do desenvolvimento humano. Estado e sociedade civil estão no mesmo barco, pois são representações coletivas do mesmo sujeito.<sup>44</sup>

Em nível global as empresas estão tendo que promover uma junção entre moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, impessoalidade, proporcionalidade e responsabilidade objetiva.<sup>45</sup> Princípios estes tradicionalmente tratados no espectro do Direito público.<sup>46</sup> Tal modificação é resultado claro da presença impactante do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado em todas as relações jurídicas e econômicas. A ideia geral típica do Direito administrativo francês do século XIX (desenvolvida no século XX) é simples e definitiva: quem tem prerrogativas deve se submeter a sujeições. E quanto mais prerrogativas, mais sujeições. A liberdade oitocentista demonstrou-se ineficaz e deletéria tanto à iniciativa pública, quanto à iniciativa privada.<sup>47</sup> Em resumo: compliance tem tudo a ver com um Estado social, e ético, de Direito. Johan Kenneth Galbraith foi feliz quando, ao tratar das “fraudes inocentes” das corporações, assim concluiu: “o bom comportamento das empresas, com regulamentações efetivas, é do maior interesse público”.<sup>48</sup>

## 6 Conclusão

O presente trabalho procurou analisar a regulamentação dos programas de compliance de acordo com a nova lei anticorrupção (Lei 12.846/2013). Entre as normas pre-

<sup>43</sup> Ao contrário do que geralmente ocorre com as infrações administrativas, em que a vontade é um elemento relevante. Sobre a teoria geral das infrações administrativas (e abordando todos os aspectos de sua complexidade), ver: FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>44</sup> Esta aliás, é a tese fundamental defendida em trabalho antecedente. Cf.: GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>45</sup> Ao abordar a importância das normas jurídicas principiológicas, Rogério Gesta Leal destaca: “Quando tais normas são violadas, é a própria matriz criativa do social que se vê atacada, instabilizando as bases do convívio societal e instalando ambiências de insegurança – quebra da confiança – na Ordem Democrática e em suas instituições e momentos conformadores, abrindo espaços para o caos mitigador de direitos e garantias fundamentais, públicos e privados” (LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar., 2014.

<sup>46</sup> Um dos trabalhos contemporâneos mais tradicionais sobre o assunto é o de Cármen Lúcia Antunes Rocha: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Mais recentemente, passou-se a falar também em eficiência administrativa, como explica o excelente trabalho de Onofre A. Batista Junior: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>47</sup> Sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não há trabalho descritivo mais relevante do que o de Daniel Wunder Hachem. Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>48</sup> GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes. Tradução de Paulo A. Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 71.

vistas no ordenamento jurídico brasileiro, a Portaria MJ 14/2004, alterada pela Portaria MJ 48/2009, foi a que estabeleceu as diretrizes para elaboração de programas de compliance antitruste no Brasil, no entanto ainda carecia de maiores detalhes sobre como a qualidade dos mecanismos seria avaliada, de modo a conduzir a inserção do compliance no âmbito das pessoas jurídicas.

Com a publicação do Decreto nº 8.420, de 18 de março 2015, regulamentador da Lei Anticorrupção, estabeleceram-se os critérios para avaliação dos programas de integridade, com base na doutrina bem como na legislação internacional. A norma regulamentadora da Lei Anticorrupção criou aspectos fundamentais a serem observados pelas pessoas jurídicas interessadas em beneficiar-se na aplicação de eventuais sanções previstas no diploma em comento.

Os critérios para aferição da eficácia dos programas de auditoria e integridade, quando da aplicação de multa, foram definidos, estipulando-se uma nova diretriz nacional para a inserção da cultura ética nas empresas nacionais. Logo no início, no parágrafo único do artigo 41, estipulou-se que o projeto de compliance a ser aplicado deve considerar as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido planejamento, visando garantir sua efetividade. O artigo 42 estabeleceu, por meio de um rol taxativo, os parâmetros para avaliação dos programas de integridade, entre os quais se destaca o inciso XVI, ao definir como critério a transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos, medida esta que pode perder o objeto caso o julgamento da ADI 4650 no Supremo Tribunal Federal seja procedente. Ainda, merece atenção o §3º do artigo 42 ao atenuar as exigências para aferição da efetividade do compliance nas microempresas e empresas de pequeno porte, medida que já era pleiteada pelo setor privado.

No entanto, importante destacar que o advento de programas de compliance não é obrigatório no Brasil. Além disso, ainda que as empresas optem pela sua adoção, não estão obrigadas a fazê-lo nos moldes sugeridos pelas leis vigentes. Contudo, constata-se em nível global que as empresas estão tendo que promover uma junção entre moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, impessoalidade, proporcionalidade e responsabilidade objetiva, o que pressupõe a uniformização dos critérios de avaliação dos mecanismos de integridade.

As ferramentas introduzidas por meio da Lei Anticorrupção empresarial dizem respeito a uma nova política internacional de combate e prevenção à corrupção, ao compartilhar a responsabilidade pelo cometimento de atos prejudiciais ao erário e à economia também para o setor privado. Em razão da similitude entre a esfera penal e o Direito administrativo sancionador, inclusive na aplicação dos seus princípios gerais. A incidência dos princípios tem por finalidade assegurar que os direitos dos sujeitos privados não sejam violados em face da discricionariedade estatal. Assim, certifica-se que a aplicação dos

princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, em especial, os princípios da legalidade – artigo 5º, XXXIX; princípio da irretroatividade – artigo 5º, XL; princípio da intranscendência da pena – artigo 5º, inciso XLV; princípio do devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV; princípio da ampla defesa e do contraditório – artigo 5º, inciso LV, tornaram-se elementos indispensáveis para aplicação do *ius puniendi* estatal.

Percebe-se, portanto, a existência de um sistema peculiar que ultrapassa de forma significativa a ideia liberal de gestão empresarial. A severidade das sanções que vêm sendo atribuídas à administração pública instituir, aliadas às incessantes inovações tecnológicas e aprimoramento do aparato estatal, cada vez mais está influenciando a prática interna das empresas.

Inegavelmente, que uma série de questões mencionadas no âmbito deste trabalho ficaram sem respostas, mesmo após a regulamentação federal, haja vista a falta da importante interpretação judicial. De todo modo, é cediço que carece lei específica que contemple, de forma expressa, o compliance nas corporações, estabelecendo parâmetros mais detalhados do que as legislações que tratam genericamente do tema (por exemplo, a Lei 9.613/1998).

Entende-se, portanto, que somente em havendo um maior debate sobre a regulamentação do artigo 7º, inciso VIII, da nova lei anticorrupção empresarial, bem como sua aplicação prática, tornar-se-á mais segura a orientação das condutas e comportamentos das pessoas jurídicas interessadas em se relacionar com a administração pública.

---

The new anti-corruption law and the importance of compliance for companies which have dealings with Public Administration

Abstract: This article discusses the complexity surrounding the phenomenon of corruption. At first, there is remarkable agreement in considering it as an event that results from economic, social, institutional, political and historical, affecting the development of any country in the world. In this scenery, triggered in worldwide a consistent anti-corruption movement in the concentration of efforts of international organizations seeking to combat transnational corruption solutions. In this context, meeting international commitments in UN conventions, OAS, and especially the OECD, Brazil, in August 2013, approved the Draft Law 6.826 / 2010, creating the so-called anti-corruption law business (Law No. 12.846 / 2013). In novel form, the provision in question internalized the parental law a set of transnational measures to combat corruption, preventive and repressive, changing the posture of the legislature, recognizing the existence of other suitable mechanisms to achieve their purposes, such as the stipulation civil and administrative sanctions to companies. With the regulations of the mentioned device, a new instrument acquired notoriety, the compliance. The institute stands out as funding mechanism to private sector participation in risk management and fraud surrounding the Public Administration. That said, in the face of such questioning, we sought through the dialectical method, based on the doctrine, law and articles, even briefly, to address the regulation of compliance programs in accordance with the new anti-corruption law (Lei 12.846/2013) and its specifier decree.

Keywords: Company. Compliance. Anti-business law. Administrative morality. State intervention.

---

## Referências

- AYRES, Carlos. Uma Atualização Sobre o Que Esperar da Iminente Regulamentação da Nova Lei Anticorrupção do Brasil. Disponível em: <<http://lecnews.com/novo/uma-atualizacao-sobre-o-que-esperar-da-iminente-regulamentacao-da-nova-lei-anticorruptao-do-brasil/>>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo. v. 59, jan. 2013.
- BOTTINI, Pierpaolo. A Lei Anticorrupção como Lei Penal Encoberta. Disponível em: <<http://lecnews.com/novo/a-lei-anticorruptao-como-lei-penal-encoberta/>>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 4.411, de 07 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 out. 2002.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º fev. 2000.
- BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- BUOSO, Elena. Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa. Milano: CEDAM, 2012.
- CERVINI, Raul. Quo vadis? – El cumplimiento normativo. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 92. ano 11, p. 337.
- CHARTIER, Roger. A história cultural: entre práticas e representações. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito privado – contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.
- FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise simbólica das estruturas de direito político. Barueri: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.
- GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes. Tradução de Paulo A. Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102.
- GRAZZIOTIN, Carlos Augusto. Controles Internos e Gestão de Riscos em Instituições Financeiras. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4259/000349159.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- HAGE, Jorge. Avanço Irreversível. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1473939-jorge-hage-avanco-irreversivel.shtml>>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável. 2014. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014.
- LEAL, Rogério Gesta. Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar., 2014.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da Lei Anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. Cadernos Jurídicos OAB Paraná, Curitiba, nº 50, abr. 2014.
- LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 18, n. 89, p. 429-470, mar., 2011.
- MEDINA OSÓRIO, Fábio. Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>>. Acesso em: 23 jul. 2014.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev., 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez., 2013.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2\\_portugues.pdf](http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2014.
- ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à Corrupção nas Licitações e Contratos Públicos – Questões Centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- RAMINA, Larissa L. O. Ação internacional contra a corrupção. Curitiba: Juruá, 2003.
- REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, abr./jun., 2014.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil Os programas de compliance como boas práticas de governança. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo, v. 20. Jul., 2011.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

---

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

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

---

Recebido em: 25.03.2015

Aprovado em: 02.05.2015