

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

LUCIANO METCHKO DUMA

**A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS NA LEI 12.846/13 E SEUS
EFEITOS NOS GRUPOS ECONÔMICOS**

CURITIBA

2016

LUCIANO METCHKO DUMA

**A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS NA LEI 12.846/13 E SEUS
EFEITOS NOS GRUPOS ECONÔMICOS**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^o Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS NA LEI 12.846/13 E SEUS
EFEITOS NOS GRUPOS ECONÔMICOS**

Monografia de conclusão de curso aprovada
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, no Curso de
Graduação em Direito, do Setor de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Curitiba, ___ de dezembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Em cinco anos de faculdade muitos foram os ensinamentos que marcaram a minha vida, desde os jurídicos até os que vão além dos códigos, princípios e normas. Dentre os mais importantes aprendizados está o de aprender a ser grato.

Portanto, agradeço primeiramente a minha esposa, Michelle, pelo apoio de sempre, pois mesmo em momentos difíceis esteve ao meu lado, saiba que você foi fundamental para que eu tenha chegado até aqui.

Agradeço aos meus pais por ajudarem a escrever minha história.

Ao meu sogro e sogra pela hospitalidade, a qual foi fundamental para que este trabalho lograsse êxito.

A minha família em geral pela parceria e bom humor.

Ao meu orientador Carlos Joaquim de Oliveira Franco, sempre paciente e solícito.

E aos meus amigos Leonardo, Washington, Diego, Ivo, Jairo, Fernanda, Amanda, Ana, Paula e Nathalia que foram fundamentais para que estes anos de Universidade Federal do Paraná se completassem e culminassem com a minha aprovação.

RESUMO

O presente trabalho pretende abordar a Lei 12.846/13, a chamada “Lei anticorrupção”. Sua promulgação se deu em meio ao anseio do país por medidas que combatessem os atos ilícitos praticados pelas empresas e também como resposta aos delineamentos internacionais de controle e enfrentamento desses atos contra a Administração Pública e a economia. Seu principal destaque está na responsabilização objetiva das empresas por práticas de corrupção, onde esta pode ser condenada sem que seja preciso comprovar sua culpa. Esta é uma das principais discussões que envolvem a lei em questão, e principalmente quando se trata em responsabilizar objetivamente empresas que façam parte de grupos econômicos. Essa responsabilização se estende à solidariedade entre as pessoas jurídicas que façam parte de uma sociedade econômica, o que, também, alude à questionamentos sobre a razoabilidade da aplicação da LAE. A falta dessa razoabilidade na aplicação das sanções pode interferir no cenário dos grupos econômicos, e como consequência interferir na própria economia, pois é inquestionável a importância dos grupos de sociedades a ordem econômica, desde a formação do sistema mercantil até a expansão da globalização, tão presente nos dias atuais.

Palavras chave: Lei anticorrupção, Lei 12.846/13, responsabilidade objetiva

1. INTRODUÇÃO	7
1. DAS FIGURAS SOCIETÁRIAS	8
2.1 GRUPOS ECONÔMICOS: BREVE HISTÓRICO	8
2.2. DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA MUNDIAL EM CONJUNTO COM OS GRUPOS ECONÔMICOS	11
2.3. AS SOCIEDADES E SUAS RELAÇÕES.....	13
2.3.1 Relação de controle, coligação e consórcio	13
2.3.1.1 Relação de controle.....	13
2.3.1.2 Relação de coligação	16
2.3.1.3 Relação de consórcio	19
3.DA CORRUPÇÃO	22
3.1 CONCEITO DE CORRUPÇÃO	22
3.2. LEDISLAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA.....	25
3.3. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA	29
4.DOS ASPECTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPESAS	33
4.1. INTRODUÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL	33
4.1.1.Responsabilidade civil.....	35
4.1.2 Responsabilidade administrativa.....	36
4.1.2.1 O direito administrativo sancionador	37
4.4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ATOS DE CORRUPÇÃO	39
4.2.1 Responsabilidade objetiva nos grupos econômicos.....	43
4.2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS	44
4.4 A APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEUS QUESTIONAMENTOS ATUAIS	48
5.CONCLUSÃO.....	52

1. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de responsabilizar as empresas por atos de corrupção, a legislação brasileira inseriu em seu ordenamento a lei 12.846/2013, a qual ficou conhecida como “lei anticorrupção”. A inserção da referida lei se deu em grande parte pela pressão internacional de combate a corrupção, e sua importância é a de ser um instrumento para propiciar investigações e punições a condutas ilegais de empresas corruptas.

Seu norte sancionador passou da figura do agente pessoa física para a pessoa jurídica, inaugurando um novo cenário nacional de combate e prevenção às ilicitudes envolvendo empresas e a administração pública.

A corrupção esta presente no mundo todo e seus efeitos trazem prejuízos das mais variadas formas, e diante disso se torna imprescindível que tanto as legislações internacionais quanto a nacional se posicionem contra esse mal, e, sem dúvida, é este posicionamento que toma a Lei 12.846/13.

Uma das grandes questões que envolvem a lei, e que neste trabalho será tratada, é o regime de responsabilização imposto às empresas. Tanto a responsabilização objetiva, a qual não necessita da comprovação de culpa por parte da pessoa jurídica, quanto à responsabilização solidária por atos de prepostos dentro de uma sociedade de empresas, são assuntos que desde o início dos debates sobre o texto da lei já incitaram grandes polêmicas.

Os grupos econômicos possuem papel importantíssimo no desenvolvimento econômico mundial, desde a formação do sistema mercantil até os dias atuais. E diante de tal importância é preciso que uma lei que possa afetar estes agentes seja balizada e, sobre tudo, caminhe pela razoabilidade em sua aplicação.

Portanto, a proposta do presente trabalho é analisar sucintamente o desenvolvimento dos grupos econômicos junto à economia, tanto nacional quanto internacional, bem como permear uma reflexão sobre a corrupção que faz parte do cotidiano aqui do Brasil e em tantos outros países.

Também importa tratar da aplicação jurídica da LAE que atua através do Direito Administrativo Sancionador, abandonando o Direito Penal como instrumento

de penalização, o que inaugura uma nova fase de atuação do Estado no controle e prevenção de atos ilícitos contra o poder público.

1. DAS FIGURAS SOCIETÁRIAS

2.1 GRUPOS ECONÔMICOS: BREVE HISTÓRICO

Este capítulo dedica-se a demonstrar de forma sucinta a evolução dos grupos econômicos, através de uma historiografia do Direito Comercial que analisa as figuras societárias desde as associações comerciais na idade média, bem como demonstrar a importância destas figuras para o cenário econômico mundial.

De acordo com cada momento histórico o Direito Comercial sempre buscou um bom diálogo com outros campos além do econômico, como o social e o político. Tendo sua história iniciada, como dito, na idade média, com a crise do sistema feudal e ascensão da classe burguesa, surge a figura do comerciante. Logo inauguram-se as corporações de ofício que estabelecem novas rotas comerciais. Tem-se, então uma concentração do comércio. O comerciante torna-se figura central nesta nova fase histórica, era quem investia, quem trabalhava e atuava na organização do seu negócio. Permeava a livre concorrência entre os múltiplos agentes econômicos individuais que atuavam predominantemente nas atividades artesanal e mercantil.

Nos séculos XIV e XV ocorreu a expansão marítima impulsionada pela necessidade de exploração de novos mercados comerciais e já no século XVII tínhamos a semente do modelo societário que conhecemos hoje, com a criação da Companhia das Índias e a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais onde surgia a figura da sociedade anônima.

Foi a partir da necessidade de grande capital para fazer frente ao novo cenário político e econômico que se alavancou a mudança do campo comercial, passando do comerciante individual para as sociedades regularmente constituídas.

O setor de produção teve seu avanço na metade do século XVII, na Inglaterra, a partir da implementação do processo de mecanização industrial, fazendo com que o capital da atividade comercial fosse para este novo setor, onde a produção em massa a partir de um modelo capitalista impulsiona de forma rápida os avanços tecnológicos, sobre o assunto, comenta Pedro Ivan Vasconcelos Hollanda:

Com o advento da Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX), um novo paradigma da atividade comercial passa a ser criado. Transfere-se a tutela do indivíduo comerciante para o dos fenômenos associativos. Ganha espaço as sociedades comerciais dotadas de autonomia, independência e responsabilidade limitada de seus integrantes, sendo a junção desses três elementos o resultado histórico do ciclo “evolutivo” da sociedade comercial¹

Já no século XIX um novo tipo societário surge na Alemanha e aos poucos se espalha pela Europa, uma figura intermediária, as chamadas pequenas e médias empresas, que ocupavam um espaço de menor potencial de investimento, diferente das sociedades anônimas cujo capital era bastante alto. Também se valiam da responsabilidade limitada, abstendo-se da responsabilização ilimitada dos sócios cuja característica era encontrada nas sociedades em nome coletivo e nas comanditas. Um dos principais atributos desta nova espécie societária era a separação entre os bens do sócio e os bens da empresa, que agora estão distantes, tornando mais atrativo o investimento empresarial, o que se observou ao longo da Revolução Industrial.

Com a crescente concentração de capitais e investimentos, a globalização que tomou conta levou o empresário a ter de se adaptar constantemente, seja pela maleabilidade do mercado, seja pela necessidade de novas tecnologias ou mesmo pela exigência do novo consumidor global que adotou o sistema capitalista de consumo. Era necessária uma coordenação empresarial, um agrupamento de empresas para que a evolução empreendedora acompanhasse a evolução tecnológica, social, política e econômica.

Essa concentração é classicamente dividida em duas, a primária e a secundária. Sendo a primária caracterizada pelo acúmulo interno de patrimônio, de

¹ HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os Grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada.** Dissertação UFPR.2008, p.21 Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16705/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Pedro%20Ivan%20Vasconcelos%20Hollanda.pdf?sequence=1> Acesso em: Setembro de 2016

recursos financeiros e também de um aumento do mercado consumerista. Essa fase é caracterizada pela perda da individualidade, tanto econômica quanto jurídica das empresas originárias.²

No entanto aos poucos essa concentração passa a não mais ser benéfica, e isso se dá principalmente por três motivos. O primeiro é o problema financeiro, pois não há uma continuidade de captação de recursos que supram a necessidade de acumulação. O segundo tem a ver com a questão organizacional, de um gerenciamento eficiente da unidade empresarial que pode estar demasiadamente complexa. Em terceiro a questão legal, onde o Estado põe freio à concentração monopolista no mercado.

Ocorre então a expansão externa, que marca a concentração secundária das sociedades, onde se cria um emaranhado de ligações societárias, tendo um sistema de participações acionárias de uma sociedade em outra, aquisições e controle de outras sociedades, culminando numa diversificação da unidade, gerando as empresas plurissocietárias, esclarece Engrácia Antunes:

Caracterizada pela integração das empresas individuais em redes ou estruturas econômico-organizacionais complexas no seio das quais, não obstante a perda da respectiva autonomia econômica resultante de sua subordinação a uma direção unitária externa, elas persistem como células dotadas de individualidade jurídica e patrimonial própria.³

A figura da empresa isolada passa a subsistir, e no lugar dela as concentrações econômicas passam a figurar como marco do novo cenário do mercado global.

Foi na década de 70 que o Brasil adotou este fenômeno concentracionista a partir do II Plano Nacional de Desenvolvimento. Com o intuito de fazer frente aos mercados globais o governo incentivou a concentração, para fortalecer a indústria nacional e torna-la competitiva diante das estatais e das multinacionais, fazendo jus a necessidade das associações de sociedades para trazer um fortalecimento empresarial, beneficiando o país e atuando no mercado globalizado.

² ANTUNES, José Augusto Quedalhas Lima Engrácia. **Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002. p.49

³ *Idem*, p.50

2.2. DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA MUNDIAL EM CONJUNTO COM OS GRUPOS ECONÔMICOS

Pelo que fora até então exposto, é impossível pensar no desenvolvimento da economia sem pensar no papel que os grupos econômicos tiveram neste desenvolvimento.

O cenário de globalização e a nova tendência econômica de expansão e domínio de setores fez fortalecer a concentração e deu força aos grupos econômicos. Muitos países dependem das atividades desempenhas por determinados grupos, que se tornam “senhores” do Estado, e por vezes desempenham atividades obscuras.

O grande volume de negócios que são feitos e dependem diretamente de grupos econômicos faz com que a economia mundial dependa destas concentrações comerciais e cada vez mais empresas menores migrem suas raízes estatutárias para os comandos de grandes grupos, como ocorre na Alemanha, nos Estados Unidos no Japão e em outras potências mundiais. A esse respeito:

Os cadastros estatístico-societários disponíveis indicam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto e independência, recorrendo crescentemente à técnica do grupo societário: assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% da Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra, 65% no Estados unidos e 88% no Japão. E ao nível internacional, o cenário é porventura ainda mais impressionante. Entre as 100 entidades econômicas mais poderosas do globo, contam-se 50 Estados-nação e cinquenta empresas multinacionais: o volume de negocio das oito maiores empresas multinacionais (Exxon, GM, Ford, General Electric, IBM, Microsoft, Texaco, Shell) é superior à soma do volume orçamental bruto dos maiores Estados membros da União-Europeia (Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda, Luxemburgo).⁴

É diante de tal realidade que se coloca a necessidade de tratar a questão das empresas plurissocietárias, e é exatamente esta a temática da Lei Anticorrupção em seu art. 4º § 2º que fala dos conglomerados econômicos. A complexidade das relações societárias demanda discussões, e claro, uma legislação pertinente em nosso país, frente às crescentes oportunidades de corrupção que surgem entre estes grupos e os próprios administradores públicos, fazendo com que o Brasil seja visto com negatividade pelas potências internacionais. Em uma reportagem sobre o

⁴ ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. 2 ed., ver. E atual. Coimbra: Almedina, 2002, p.43

assunto, o jornal El País cita um índice de corrupção do Fórum Econômico Mundial, onde o Brasil figura em 4º lugar entre os mais corruptos do mundo.⁵

É necessário que se olhe para o grupo econômico como figura de estudo uma vez que, como frisado, é peça fundamental para a economia mundial, e que a cada ano traz novas facetas de junção empresarial. Neste sentido trata Reinaldo Gonçalves:

O fato é que não existe um corpo teórico orientado exclusivamente para o grupo econômico. Isto é particularmente importante, haja vista a aceleração recente, em economias avançadas, dos movimentos de fusão, conglomeração, participações cruzadas, *joint ventures*, alianças e associações entre grandes empresas e grupos, que operam à escala internacional.⁶

E continua o autor ressaltando a importância dos grupos econômicos:

[...] é evidente a importância dos grandes grupos tanto em termos econômicos (efeitos sobre a organização industrial, bem estar, desenvolvimento econômico, divisão internacional do trabalho), quanto em termos políticos (poder político, poder de mercado, hegemonia)⁷

A que se notar, portanto, a importância dos grupos econômicos quanto a economia e também sobre seu papel ativo junto a administração pública. Muitas das grandes empresas no Brasil, por exemplo, estão diretamente ligadas as grandes licitações e a grandes volumes de obras, serviços e produtos de que depende o Estado no cumprimento de seu papel gerenciador da nação. É notório, então, que o Direito Administrativo também possui seu braço atuante nesta importante realidade, uma vez que a administração pública deve estar a par das discussões que envolvem sua aproximação direta com empresas, e a complexidade com a qual lidam os contratos e execuções.

Um exemplo dessa realidade é a operação Lava Jato que vem investigando importantes empresas que sempre estiveram dentre as principais licitantes junto ao Estado, e que sofrem agora processos, muitos dos quais o art. 4º § 2º é usado como base em condenações.

⁵ JORNAL EL PAÍS. "Fórum Econômico Mundial". 6 de out de 2016 Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/03/internacional/1475517627_935822.html Acesso em: out de 2016

⁶ GONÇALVES, Reinaldo. **Grupos econômicos: uma análise conceitual e teórica**. Disponível em: [file:///C:/Users/luciano/Desktop/Downloads/534-19325-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/luciano/Desktop/Downloads/534-19325-1-PB%20(1).pdf) Acesso em: out de 2016

⁷ GONÇALVES, Reinaldo. **Grupos econômicos: uma análise conceitual e teórica**. p.494 Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/534/7662 Acesso em: out de 2016

Dada à importância dos Grupos econômicos, deve-se suscitar os modelos de associação que fazem parte dos conglomerados empresariais, e que estão presentes na legislação brasileira.

2.3. AS SOCIEDADES E SUAS RELAÇÕES

São três as figuras associativas presentes na legislação e que foram previstas pela lei 12.846/12. São elas a relação de controle, a relação de coligação e a relação de consórcio. As sociedades empresariais após a II Guerra Mundial foram classificadas em sociedades de direito e sociedades de fato, sendo as primeiras àquelas que se regem por uma formalização registrada publicamente, delimitando direitos e obrigações, estabelecem-se, portanto, por um contrato entre as sociedades participantes, um instrumento que é previsto em lei, e ficam sujeitos a um regime jurídico próprio, especificamente o capítulo XXI da Lei das Sociedades Anônimas. Já as segundas não dependem de convenção para sua existência, não possuem como base instrumentos previstos em lei, assim pontua Eduardo Secchi Munhoz:

Os grupos de fato, por sua vez, definem-se negativamente como todos aqueles que não se baseiam nos instrumentos previstos na lei para a constituição dos grupos de direito. Os grupos de fato ficam sujeitos ao regime clássico do direito das sociedades comerciais, considerando-se ilícitas as condutas contrárias ao princípio da autonomia.⁸

Estas existem sobre a forma de coligadas, controladoras e controladas.

2.3.1 Relação de controle, coligação e consórcio

2.3.1.1 Relação de controle

A relação de controle está prevista nos artigos 1.098 do Código Civil e 243, § 2º da Lei das Sociedades Anônimas, os dois diplomas, portanto, são aptos a regular, devendo se pautar nos dispositivos da Lei das S/A quando estiver diante das ressalvas deste, é o que entende Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

⁸ MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 p.118

O Código Civil cuida das concentrações decorrentes de relação de capital nos seus artigos 1.097 a 1.101, sob o título de “sociedades coligadas”, revogando, nessa parte, as normas correspondentes da Lei de Sociedades por Ações relativamente às sociedades nele reguladas, exceto no tocante às matérias que ressalvou (v.g., art.1.100) e aquelas que não abordou expressamente, como previstas na Lei 6.404/1976, referentes, v.g., à conduta e a responsabilidade dos administradores, à proteção dos sócios, ao direito dos credores etc. que, que por isso, continuam em pleno vigor.⁹

A sociedade é controladora quando detém direitos de sócio que sejam suficientes para lhe conferir o poder preponderante nas deliberações e também o poder de eleger a maioria dos administradores, isto conforme o Código Civil e a Lei das Sociedades Anônimas:

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.

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.

Importante trazer que a interpretação do dispositivo da Lei das Sociedades Anônimas acima citado deve ser feita juntamente com o art. 116 do mesmo diploma, pois neste trata-se de incluir a necessidade do controle efetivo, de um poder de fato conferido a sociedade controladora, não bastando apenas a comprovação da maioria do capital votante para se ter a posição de controle:

Art. 116:

Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo ou voto, ou sob controle comum que:

- a) 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
- b) Usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo Assim, **Manual das companhias, ou, sociedades anônimas**. 3 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.323

De outra monta também há a necessidade da permanência deste poder, o que é previsto tanto pelo Código Civil quanto pelo art. 116 da Lei 6.404, que remonta ao fato de haver uma estabilidade na posição de controle, o que não significa imutabilidade deste, mas sim de uma continuidade por mais tempo do centro de decisões sobre aquela sociedade, o que gera uma estabilidade de comando efetiva.

O controle acionário pode ser classificado em três espécies. O majoritário, que se coloca àquele que esteja na detenção da maioria das ações com direito de voto, o que não significa necessariamente que seja imposto a este o controle, pois poderá ser proprietário da maioria das ações que não importam a caracterização de controlador, como exemplo tem-se as ações preferenciais que não constituem direito a voto.

Vale trazer também o caso da subsidiária integral, onde há apenas um acionista e por consequência este será o controlador, não por maioria de ações, mas por ser o único possuidor de ações daquela companhia.

Percorrendo o caminho das espécies de controle acionário temos o controle compartilhado, que, como o nome sugere, é um poder de controle dividido entre varias pessoas. Isso se da quando do acordo entre os acionistas para a criação de um bloco de controle, havendo uma união de ações para se tomar o poder de decisão, conforme Nelson Eizirik:

[...]embora nenhum dos signatários do acordo detenha, individualmente, a maioria das ações votantes, a união das suas ações assegura o controle acionário, mediante o chamado “bloco de controle”. Os acordos de acionista “acordo do voto em branco” quando seus integrantes instituem um “órgão” deliberativo interno, designado “reunião prévia”, na qual a deliberação será tomada por maioria absoluta dos convenientes e vinculara todos eles (artigo 118, §§ 8º e 9º)¹⁰

No entanto, é necessário demonstrar a relevância do acionista minoritário, que compartilhara o controle, nas decisões da assembleia geral, o que deve também ser reconhecida pelo grupo controlador que abriu mão do seu poder total de decisão.

Como terceira espécie há o controle minoritário, que se verifica quando se exerce possuindo menos de 50% do capital votante. Este controle se da pela capacidade de se impor nas deliberações societárias, bem como eleger a maioria dos administradores.

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. Volume I, Arts 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.669

Outras duas modalidades existem, no entanto não fazem parte do ordenamento brasileiro, tampouco foram referendadas pela lei 12.846. A primeira é o chamado controle pulverizado, onde não se verifica a ligação necessária entre propriedade e controle, pois este não é assegurado pela detenção de ações, mas sim por uma função, seja de administrador profissional ou função legal. A segunda é o chamado controle externo, onde há uma influencia externa no poder, admitida por força legal, um controle essencialmente de fato.

2.3.1.2 Relação de coligação

Trata-se de relação de coligação a participação de uma sociedade em outra. Mas para se começar a falar a respeito das sociedades coligadas é importante frisar que existe uma dual interpretação do que sejam as sociedades coligadas se analisarmos o Código Civil de 2002, que nos art. 1.097 e 1.099 tratam do tema.

No art. 1.097 do referido código a previsão do que representa a coligação entre sociedades se traduz nas relações de capital, havendo controle, filiação ou simples participação. Já no art. 1.099 a coligação é representada pela participação de uma sociedade com dez por cento ou mais no capital da outra, e quanto a estas previsões legais importa dizer que para a Lei anticorrupção a relação de controle é aquela prevista no art. 1.099, onde há participação de dez por cento ou mais de uma sociedade em outra.

As sociedades coligadas são, então, reguladas pelos dois diplomas, tanto o Código Civil quanto a Lei das Sociedades Anônimas de 1976. A lei das S/A regulará os assuntos que faltam ao Código Civil no tocante as coligadas, por tanto possui caráter subsidiário¹¹

Uma importante distinção a respeito das previsões nos dois diplomas sobre as sociedades coligadas esta na própria formulação quanto ao que seja a sociedade coligada. Para o Código Civil tem-se a participação de 10 % de uma sociedade em outra para que se configure a coligação, na Lei das Sociedades Anônimas essa participação deve ser a partir de 20% para que esta espécie seja caracterizada, além de tratar da questão de influência significativa, sobre isso:

¹¹ GONÇALVES NETO, Afredo de Assis. **Manual das companhias, ou, sociedades anônimas.** 3.ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2013. p.323

Com efeito, em se tratando de sociedades anônimas, os §§ 1º, 4º e 5º do art. 243 da Lei 6.404/1976 estabelecem que as companhias A e B serão consideradas coligadas se A exercer na B “influencia significativa”, assim entendido o poder de participar nas decisões das políticas financeiras ou operacional da B sem chegar ao ponto de exercer poder de controle. E tal “influencia significativa” será presumida no caso de a Companhia A ser titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da Companhia B, sem atingir o poder de controle.¹²

Essa influencia significativa é referente ao poder de participação em decisões políticas, questões operacionais e financeiras na sociedade que se faz o investimento, não podendo, no entanto, haver um controle isolado, mas sim uma força maior em determinar um resultado nas deliberações.¹³

Então surge a indagação de qual será a definição usada para configurar a coligação na Lei anticorrupção, diante das configurações trazidas pelo Código Civil e pela Lei das Companhias.

Uma possível resposta a esta indagação esta presente na Lei 11.941/2009 em seu art. 46:

Art. 46. O conceito de sociedade coligada previsto no art. 243 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com a redação dada por esta Lei, somente será utilizado para propósitos previstos naquela Lei.
Paragrafo único: para os propósitos previstos em leis especiais, considera-se coligada a sociedade referida no art. 1.099 da Lei 10.406, de 10.01.2002 – Código Civil.

Portanto tendo por base a referida lei, e se se preferir uma interpretação mais ampliativa do que seja a sociedade coligada, a relação de coligação terá sua configuração a partir do que indica seu art. 46 da Lei 11.941, ou seja, é sociedade coligada aquela que se encaixa no que esta previsto no Código Civil.

No entanto, se se preferir uma interpretação mais restritiva, e ao que parece é a que melhor se encaixa a Lei anticorrupção, se visara à conceituação trazida na Lei das Sociedades anônimas para regular as companhias, e o Código Civil para as sociedades que nele estão previstas. Caminhar por esta interpretação se mostra mais eficaz quando se analisa as questões que envolvem o Direito Administrativo Sancionador. Este que diante desta Lei assume seu caráter mais punitivo, deixando

¹² SANTOS, José Anacleto Abdico; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários á Lei 12.846/13**: Lei anticorrupção, 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p.102

¹³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com 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, 2011. p.36

o Direito Penal de fora, precisa observar que é necessário basear sua punição em leis mais eficazes e o menos contestáveis possíveis.

Ora, se uma lei tem maior possibilidade de regular determinado objeto, como é o caso da Lei das Sociedades Anônimas na regulação das companhias, não faz sentido utilizar outro ordenamento que preceitua superficialmente para impor, controlar ou punir o sujeito. Embora não seja a visão de muitos autores, como é o caso de José Anacleto que defende que a definição de sociedades coligadas deve se pautar unicamente no Código Civil, observando a Lei 11.941/09 deixando de lado a Lei 6.404/76¹⁴.

A Lei das S/A, portanto, é a que melhor se amolda e sustenta a definição de coligadas, pois traz previsões mais aguçadas sobre o que seja essa relação de coligação, diferente do Código Civil que trata de maneira superficial o assunto. Torna-se necessário, a partir deste ponto de vista, atentar-se ao art. 243, §§ 1º, 4º e 5º.

O artigo supracitado sofreu alteração pela Lei 11.941/09, onde se modificou o §1º e se incluiu os §§ 4º e 5º. Com esses os critérios de “influência significativa” e a participação em 20% no capital de outra companhia com direito a voto passam a ser objetivados para caracterização de coligação.

A nova redação do art. 243 também trouxe fim a questão da possibilidade ou não da coligação indireta, entendendo que é possível essa modalidade de coligação, o que corrobora com o entendimento de Modesto Carvalhosa, que assim exemplifica:

Se a companhia I possui investimentos direto de 6% no capital votante de J, e 60% no de K, que por sua vez, possui 30% do capital votante de J, somara aquela participação direta de 6% a participação de 18% (60% de 30%) de J em I, sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico (Lei n. 11.638/2007), chegando então a um percentual superior ao mínimo exigido de 20%.¹⁵

¹⁴ SANTOS, José Anacleto Abdico; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/13: Lei anticorrupção**, 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p.103

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com 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, 2011. p.36

Portanto, em resumo, a coligação entre sociedades é fundada na influência significativa, onde o poder da coligada deve ser manifesto e não mera possibilidade, e suficiente para tomada das decisões em deliberações administrativas em outra sociedade, no entanto sem o poder de controle absoluto. Também a participação no capital de uma sociedade em outra deve ser de no mínimo 20%, seja de forma direta ou indireta. Tais requisitos, vale lembrar, são pautados nas configurações da Lei 6.404/76, que se mostra melhor elaborada sobre o assunto.

2.3.1.3 Relação de consórcio

Não é objetivo desse trabalho esmiuçar exhaustivamente a relação de consórcio, pois dependeria, certamente, de várias e várias páginas sobre o assunto. No entanto, importa trazer as questões que envolvem o tema e que são pertinentes a Lei anticorrupção, a fim de manter o foco da presente discussão.

A regulação da relação de consórcio esta exposta na Lei 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas, nos art. 278 e 279 (que estipulam a formação de consórcios, no entanto os contratos podem trazer diferentes tratativas ou omissões, não podendo apenas desnaturalizar os preceitos da relação de consórcio) e pode ser conceituada pela junção de interesses em prol de um mesmo objetivo, um contrato firmado entre empresas sem que haja necessidade de criação de uma nova empresa. Essa associação de empresas faz com que se possa assumir atividades que não poderiam, ou talvez fosse mais difícil conseguir, seja por incapacidade técnica ou baixo poder financeiro, neste sentido Rubens Requião assim conceitua:

O consórcio constitui uma modalidade técnica de concentração de empresas. Através dele podem diversas empresas, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica para executar.¹⁶

Não há, como dito, a criação de nova personalidade jurídica, e também não se faz confusão entre as já existentes, tendo entre elas apenas uma relação de cooperação e coordenação. Mantendo-se a identidade de cada empresa. Há que se dizer, no entanto, que tais empresas, como um grupo, adquirem direitos e assumem obrigações, bem como se envolvem em relações processuais e contratuais, estando

¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25 ed. rev. E atual. v.2. São Paulo: Saraiva, 2007. p.300

sujeitas, quanto a estes pontos, de acordo com os termos do contrato firmado na formação do consórcio.

Neste contrato serão estabelecidos o tempo de duração, as liberdades quanto a administração bem como a contribuição patrimonial, as formas como ocorrerão as tomadas de decisão e a divisão das despesas que envolvem os atos do consórcio. Portanto, as diretrizes dos consórcios estarão contidas no contrato que será determinante para cumprimento dos objetivos, aferição de lucros e responsabilização por obrigações. Em sentido igual:

O consorcio significa o agrupamento de sociedades, feito através de um contrato, com a finalidade de executar determinado empreendimento obrigando-se cada sociedade, em relação aquele com que o consórcio vai contratar, de acordo com as condições previstas no contrato e respondendo apenas pelas obrigações assumidas.¹⁷

A celebração destes contratos devera ser registrada publicamente de acordo com os ritos legais previstos, conforme nos traz Assis Gonçalves Neto:

Uma vez celebrado, o contrato de consórcio e suas alterações devem ser arquivadas na Junta Comercial do lugar de sua sede que, alias, pode ser diversa da sede das empresas consorciadas. Além disso, deve ser extraída uma certidão do arquivamento para publicação na imprensa - no Diário Oficial e em jornal de grande circulação (LSA, arts. 279, paragrafo único, e 289)

A Lei não prevê a solidariedade das empresas consorciadas, e, com isso, busca-se evitar responsabilizar uma empresa por ato incompatível, seja legal ou contratual, com o que fora pactuado na formação do consórcio, uma vez que neste haverá a previsão do papel de cada sujeito no cumprimento dos objetivos. Isso, no entanto, não impede que seja estabelecida a solidariedade quando da formação do consórcio. Corroborando com isso:

[...] a solidariedade que por acaso os participantes do consórcio desejem estabelecer, em relação ao cumprimento das obrigações que assumem, deve vir expressa no instrumento constitutivo do consórcio.¹⁸

¹⁷ MIRANDA, Maria Bernadete. **Consórcio de empresas**. Direito Brasil:Publicações. p.6 Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/artigos/ce.pdf> acesso em: 1 de out de 2016

¹⁸ *Idem*, p. 8

Diante das grandes demandas de empreendimentos que surgiram com o desenvolvimento, seja no Brasil ou pelo mundo, fez-se necessário à união de empresas para a realização destas demandas. O cenário econômico atual convive com a junção de interesses entre as empresas, e por isso a legislação também deve acompanhar esse constante desenvolvimento.

As licitações públicas são as grandes demandas dos consórcios, no Brasil elas são delimitadas pela Lei 8.666/93, e possuem um caráter instrumental na administração do Estado pelo poder público. Como leciona Francisco Zardo:

O instrumento pelo qual usualmente a Administração Pública e particulares formalizam suas relações colaborativas é o contrato administrativo, geralmente precedido de uma licitação. Licita-se para que todos os fornecedores interessados participem em condições de igualdade, para que a administração selecione a proposta mais vantajosa e, mais recentemente, para promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como consta no art. 3º da Lei 8.666/1992, com redação dada pela Lei 12.349/2010.¹⁹

Quanto a Lei 8.666, citada acima, importa à relação de consórcio, o art. 33 que trata das normas que devem ser observadas para contratação com o poder público, dentre elas chama a atenção o inciso V²⁰ que menciona a responsabilidade solidária das empresas consorciadas na prática dos atos contratados. Há uma inversão de situação, pois no direito Comercial a relação de consórcio é pautada pela não solidariedade das empresas, no entanto para o Direito Administrativo essa solidariedade é uma questão principiológica e, portanto, fundamental.²¹

Ainda, há uma outra associação na qual se visa um propósito específico, e para efetua-lo se forma uma nova pessoa jurídica, não mais haverá várias empresas em torno de uma mesma finalidade, mas sim uma única constituída para tal objetivo, com um propósito específico.

Estas SPE's são fundadas, como dito, para uma finalidade, e quando se tem a sua conclusão é extinta a sociedade formada.

¹⁹ ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013)** / Francisco Zardo. – 1. ed. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2014. p.25

²⁰ Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** / Marçal Justen Filho. 15. ed. – São Paulo: Dialética, 2012. p.565

Várias são as questões que envolvem a relação de consórcio, no entanto, como mencionado, interessa trazer algumas considerações superficiais para melhor embasamento sobre o tema proposto.

Ademais importa agora falar sobre um ponto central nesta dissertação, qual seja, a corrupção, que foi a base para criação da Lei 12.846/13.

3.DA CORRUPÇÃO

3.1 CONCEITO DE CORRUPÇÃO

A corrupção pode ser estudada a partir de diferentes premissas metodológicas. Pode também ser vista de diferentes planos, sejam eles culturais, políticos ou morais. Ou seja, diversas são as abordagens de estudo sobre o fenômeno. A corrupção esta presente nas sociedades desde os primórdios, e hoje pode ser vista como uma doença social, é tida como um dos grandes problemas do mundo globalizado.

O estudo sobre esse tema impõe uma análise multidisciplinar, podendo ser abordada sobre quatro pontos: uma de cunho legalista, que se baseia na própria legislação; uma da perspectiva mercantilista, que parte da visão do mercado; a definição publicista, onde se visa o bem público; e ainda a corrupção baseada na opinião pública, com o reconhecimento daquilo como ato corrupto pela sociedade.²²

Não se caminhará por outros conceitos de corrupção se não aquele de reprovação moral e que possa ser punido legalmente, ou seja, parte-se da visão jurídica sobre a corrupção. A visão jurídica, portanto, caminha com a temática deste trabalho e se propõe a analisar a corrupção que ocorre entre o setor privado e a administração pública, esta que existe sistematicamente no Brasil e corrompe grande parte dos órgãos.

Para o Código Penal a corrupção é compreendida por uma definição mais restrita e não se fara uso desta definição, pois a análise que importa ao tema proposto busca uma definição mais ampla, pois necessita abarcar os problemas que envolvem a sua prática e os impactos na economia e na sociedade como um todo,

²² ROCHA, Patricia Barcelos Nunes de Mattos. Corrupção na era da globalização. Curitiba: Juruá. 2009. p.41-42

seja na esfera global, em países desenvolvidos e principalmente em países em desenvolvimento, como bem trata Antônio Nunes:

[...]seus efeitos são devastadores nos países em desenvolvimento porque afetam diretamente o crescimento, os investimentos, a economia nacional e o desenvolvimento econômico e social.²³

A prática da corrupção tem por objetivo auferir vantagem unilateral em detrimento das vantagens que teriam os demais indivíduos ou mesmo em detrimento dos direitos que a sociedade é possuidora. A deturpação ocorre já com a quebra da moralidade administrativa. Há inversão dos papéis quando ocorre a sobreposição do interesse individual sobre os interesses difusos. É o contraposto da probidade, da honestidade, que neste contexto é a honestidade administrativa, assim sublinha Juliano Cesar Zanini:

A corrupção administrativa é entendida como o desvio de condutas éticas reproduzidas por diretrizes legais, com ou sem prejuízo ao erário, mas que afetam a esfera pública e refletem no Estado e na sociedade de forma negativa, decorrente de ação ou omissão de agentes públicos.²⁴

Dentre os vários pontos negativos que podemos elencar referindo-se a corrupção, estão os prejuízos ambientais, quando da facilitação de empreendimentos sem a necessária adequação normativa que visam a proteger o meio ambiente e a sociedade; vantagens que possam ser dadas a determinadas empresas podem trazer um malefício a concorrência, o que afeta o mercado e conseqüentemente a sociedade, pois, já se sabe, a concorrência importa no beneficiamento seja da qualidade seja nos preços de produtos e serviços; lesam o patrimônio público através dos gastos financeiros com propinas ou fraudes a licitações, afetando o erário e diminuindo a capacidade de investimentos em outros setores dos Estados; como dito, sobrepõem os interesses privados aos interesses coletivos, impondo, muitas vezes as regras de grandes empresas detentoras de poder econômico as regras do setor privado; prejudica as relações comerciais internacionais, pois mudam

²³ NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Corrupção: o combate através da prevenção**. In PIREZ, Luis Miguel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coords). **Corrupção, Ética e moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.p.19

²⁴ ZANINI, Juliano Cesar. **Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo: Discussão doutrinária principiológica**. Itajaí: 2014. Disponível em:

<http://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1590/Juliano.pdf> Acesso em: 04 de out de 2016

o panorama real de competitividade e capacidade de competição econômica interna frente ao mercado externo;

Evidencia-se que o ato de corromper e ser corrompido importa negativamente de vários ângulos ao Estado e a sociedade. Passa pelos prejuízos em investimentos e chega aos fatores que aumentam a desigualdade social. Pode passar também da fase de crítica para a fase do conformismo com as práticas reiteradas de corrupção, é o caso que evidencia-se com o famoso jeitinho brasileiro, onde a malandragem é vista como algo normal, ou seja, acostuma-se com as práticas de vantagens mesmo que á alguém reflita uma desvantagem indevida. A administração pública, portanto, quando da corrupção, é diretamente responsável pelos problemas que venham a ocorrer por conta de uma atitude reprovável.

Se estabelece uma crise no sistema que leva a uma desconfiança institucional, e, por conseguinte uma desconfiança da sociedade na própria sociedade, levando ao descrédito do homem para com o homem. O suborno, a propina, o desvio de verbas acaba se tornando ferramenta de sobrevivência para que a maquina estatal gire, e principalmente ferramenta de sobrevivência das empresas.

Os números também refletem o quanto a corrupção custa para o Brasil, por exemplo, em um levantamento feito pela FIESP (Federação das Indústrias do estado de São Paulo) apontou que o custo médio por ano da corrupção no Brasil gira entre 1,38% a 2.3% do PIB (Produto Interno Bruto). Em valores tem-se prejuízos que podem chegar a R\$ 69 bilhões. Em um comparativo trazido por este estudo se mostrou os investimentos que poderiam ser feitos com os gastos com a corrupção, por exemplo, poderia se investir em educação incluindo 16 milhões de jovens nas escolas, ou ainda na área da saúde poderiam ser entregues a rede pública de saúde cerca de 327.012 novos leitos hospitalares.²⁵

Estudos sobre esse fenômeno são cada vez mais necessários, e deve-se olvidar as várias camadas de corrupção, desde as bases até o topo da cadeia corruptiva. Deve ser vista como um fenômeno social, uma doença que afeta todo o sistema. Buscar as soluções mais eficazes, entre elas as vias judiciais são com certeza fundamentais. De maneira conclusiva sobre o assunto disserta Juliano Cesar Zanini:

²⁵ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Departamento de competitividade e Tecnologia. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo. 2010

[...]há como combater a corrupção administrativa , a fim de evitar seu alastramento, minando seus impactos. A solução deve ir além de estabelecer normas de conduta, uma vez que poderá tender à necessidade de modificação das bases da formação do caráter, pois os atos ímprobos são um mal social²⁶

E no mesmo sentido concluem os autores do relatório sobre corrupção elaborado pelo FIESP:

O custo extremamente elevado da corrupção no Brasil prejudica o aumento da renda per capita, o crescimento e a competitividade do país, compromete a possibilidade de oferecer à população melhores condições econômicas e de bem estar social e às empresas melhores condições de infraestrutura e um ambiente de negócios mais favorável. As ações anticorrupção no Brasil devem ser focadas em duas questões principais: na criação e fortalecimento dos mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na administração pública e na redução da percepção de impunidade, por meio de uma justiça mais rápida e eficiente, de modo a induzir a mudança do comportamento oportunista.²⁷

A conclusão a que se chega quando se trata da corrupção é a da influência negativa que se pode ter nos aspectos econômico, social, político e cultural. Afeta diretamente o desenvolvimento do país assim como atenta contra os direitos sociais e os princípios constitucionais, seja no Brasil ou em qualquer país.

3.2. LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA

A corrupção, evidentemente, não é uma realidade apenas no Brasil, é praticamente impossível se falar em uma nação que não contenha esse mal, por mínimos que sejam as ocorrências corruptivas. E diante deste fato existem diretrizes internacionais que foram implementadas com o intuito de combater e prevenir estes atos lesivos.

As teias da corrupção ultrapassam barreiras transnacionais, e em muito o fenômeno da globalização tem influenciado. Ao mesmo tempo que a aproximação

²⁶ ZANINI, Juliano Cesar. **Corrupção administrativa e mecanismos de controle externo: Discussão doutrinária principiológica**. Itajaí: 2014. p.179 Disponível em:

<http://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/1590/Juliano.pdf> Acesso em: 5 de out de 2016

²⁷ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Departamento de competitividade e Tecnologia. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo. 2010

entre os Estados é importante para a evolução das sociedades, em vários aspectos ela traz consigo problemas que a todo tempo devem ser analisados e combatidos, entre eles os meios de corrupção. Tornou-se fundamental a criação de políticas internacionais e mecanismos que enfrentem a questão, que ataque e reduza a sua ocorrência.

Foi fundamental a elaboração de tratados por parte das organizações internacionais (OEA, OCDE, ONU), que possui como objetivo incentivar os países a adotarem medidas que combatam a corrupção. A ideia nestes tratados e a cooperação entre Estados, como bem relata Luciano Vaz Ferreira:

O objetivo é criar um compromisso entre os países no enfrentamento do problema por meio do intercâmbio de experiências e harmonização das legislações nacionais, impedindo a existência de zonas de impunidade²⁸

O primeiro país a se preocupar com a legislação sobre a corrupção internacional foram os Estados Unidos, onde a partir do caso Watergate²⁹, iniciou-se uma série de investigações sobre irregularidades no governo, que culminou com a descoberta de fundos irregulares que eram mantidos por empresas privadas transnacionais que corrompiam governos estrangeiros a fim de obterem lucros.

Embora a legislação contasse com normatização sobre corromper funcionários públicos nacionais, não havia previsão legal sobre corrupção à funcionários públicos estrangeiros, então, em 1977 os EUA cria uma lei neste sentido, a Lei Norte-Americana de Práticas Corruptas no Exterior (FCPA, em inglês), tornando-se uma lei extraterritorial de combate a corrupção de funcionário público estrangeiro, que não possui sua aplicação restrita apenas a empresas norte-americanas, mas também sujeita às suas subsidiárias que atuem fora daquele país, as *join ventures*, ou mesmo empresas que tenham suas operações ou registro nos EUA, incluindo as que participem de negociações na bolsa de valores. Como medidas punitivas, aqueles que violam a FCPA estão sujeitos a multas bem como a proibição de contratar com a administração pública e também a sanções penais,

²⁸ FERREIRA, Luciano Vaz. & MOROSINI, Fabio Costa. **A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais.** p.262 Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/austral/article/viewFile/35615/23981> Acesso em: out de 2016

²⁹ Na ocasião o então presidente Nixon sofreu acusações de comandar um esquema de corrupção que em princípio era para sua campanha a reeleição. Começou com uma prisão de espões que invadiram a sede de campanha do candidato, e ao final das investigações descobriu-se que o então presidente Nixon sabia da invasão, e tentara macular vestígios de gastos com corrupção em prol de sua campanha.

como a prisão de executivos e funcionários. Nesta lei esta prevista também um acordo de colaboração, onde aqueles que denunciam atos corruptivos ou esquemas fraudulentos podem ser recompensados.

A referida lei norte americana impulsionou a discussão sobre o tema nos órgãos internacionais, de maneira a pressionar outros países sobre a criação de legislação pertinente ao combate equitativo à corrupção. Desta forma, em 1975 deu atenção à questão condenando a prática de corrupção as empresas transnacionais, e logo em seguida a Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) se voltou ao assunto. Ela possui a vantagem de ter alcance global, e parte da intenção de se estabelecer uma relação de cooperação política e jurídica entre os países signatários, onde estes se comprometem a pôr em prática normas que proíbam as ações corruptivas que possam trazer prejuízos para as relações transnacionais entre empresas. Seu papel é de estabelecer parâmetros de controle sobre a corrupção, modelos legislativos. Atua de forma a monitorar os Estados membros.

Os Estados Unidos pressionam os demais países a ratificarem as intenções de combate a corrupção internacional, o que leva a OCDE a pôr constantemente em pauta esse tema. Em 1994 o Conselho da referida organização trouxe que a responsabilidade no combate ao fenômeno corruptivo deve ser dividido, e uma das medidas de enfrentamento é uma reforma interna da legislação de cada Estado membro.

Em 1996 a OEA assina uma “Convenção Interamericana contra a Corrupção” onde continham diretrizes aos Estados para o combate ao suborno em empresas transnacionais, a qual o Brasil introduziu em seu ordenamento em 2002, através do Decreto Presidencial nº4.410.

No ano de 1997 a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais teve seu êxito, conseguindo as assinaturas, no entanto o Brasil a incorporou apenas em 2000, através do Decreto Lei nº3.678.

A ultima adesão às normas internacionais que o Brasil se sujeitou foi o Decreto lei 5.687, incorporado no ordenamento pátrio em 2006 em conformidade com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ocorrida em 2003, a qual também é conhecida como Convenção de Mérida, e é tida como um dos

instrumentos mais eficazes no combate a corrupção mundial, conforme relata Igor Tamasaukas e Pierpaolo Bottini:

A convenção de Mérida possui como pressuposto a identificação da corrupção como um fenômeno transnacional e relacionado com outras formas de delinquência, e propõe o enfrentamento do tema a partir de diversas frentes de atuação, como a cooperação internacional, o fortalecimento de instituições, o aperfeiçoamento e estabelecimento de mecanismos eficazes de combate a desvios, a atuação de pessoas e organizações não integrantes do Estado. Ademais, a própria convenção de Mérida, tida como o mais completo instrumento internacional de combate à corrupção, reconhece a importância das discussões e documentos anteriores na acumulação de conhecimento e expertise para o enfrentamento do severo problema, como se verifica no fecho do seu preâmbulo.³⁰

Ocorre, então, uma internacionalização de combate à corrupção, que começa nos Estados Unidos e se alastra, com o objetivo de frear as práticas que decompõem a economia mercantil transnacional. Dentre os principais mecanismos internacionais com este propósito há o OCDE, que visa direcionar os países membros e atrair cada vez mais outros Estados, no entanto isso ocorre de forma seletiva e o país deve passar por um crivo metodicamente analítico para se tornar membro, ao que trata Luciano Vaz Ferreira e Fabio Costa Morosini:

A primeira fase analisa se o país implementou a lei nacional anticorrupção de acordo com os parâmetros da Convenção da OCDE. Para isso, o Estado responde questionários e envia sua legislação e textos legais para a avaliação. Na segunda fase, a eficácia da lei é avaliada. Para isso, visitas ao país são agendadas e são realizadas reuniões com atores sociais em diversos segmentos, tais como governo, câmaras de comércio, agências de desenvolvimento, empresas e sociedade civil. Os relatórios produzidos pelos peritos são extremamente detalhados. Eles avaliam as alterações feitas na legislação nacional, as estatísticas de processo criminal, conscientização pública, detalhes de sanções e grau de cooperação internacional. A terceira fase, implementada recentemente, consiste em avaliações periódicas a fim de observar a evolução das medidas nacionais de combate à mecanismos de corrupção.³¹

Uma importante característica dos acordos internacionais se dá, também, quando analisamos o tratado da ONU, supracitado, em que se exige que as pessoas jurídicas também sejam responsabilizadas pelos atos de corrupção, bem como faz

³⁰ TAMASAUKAS, Igor Sant'anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção.** p.135

³¹ FERREIRA, Luciano Vaz. & MOROSINI, Fabio Costa. **A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais.** p.268

referência à mecanismos de prevenção para as empresas, através de um sistema de controle e auditorias contábeis.

3.3. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

Não se pode dizer que a legislação brasileira permaneceu inerte durante vários anos diante das questões que envolvem a corrupção, desde a década de 40, com a instituição do Código Penal já se deu atenção aos crimes contra a administração pública, mais precisamente quanto à corrupção passiva (art.317) e a corrupção ativa (art.333), juntamente com o peculato (art. 312) e a concussão (art. 316), inseridos no Título XI que trata dos “Crimes contra a Administração Pública”, ou mesmo a Lei Geral das Licitações (Lei Federal 8.666/93 que trouxe grande contribuição para enfrentar os atos lesivos contra a administração pública ou mesmo a Lei 12.259/11 que trata da defesa da regulamentação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que visa a proteger preceitos e princípios que regem a ordem econômica. No entanto nenhuma das leis que até então foram editadas surtiu efeito necessário para um efetivo combate à corrupção no Brasil, o que se mostrou preocupante tanto para o cenário nacional, diante dos problemas relacionados a atos corruptos, quanto para a visão crítica que se tinha do Brasil quanto aos tratados internacionais firmados em favor do combate à corrupção.

A Lei 12.846/13 veio para preencher as lacunas que ainda permaneciam nas legislações que tratavam sobre o tema em voga, e sua promulgação foi sem dúvida uma resposta as demandas jurídicas (nacionais e internacionais), bem como a mudança de responsabilização que até então se pautava pela subjetiva e visava a condenação da pessoa física, e também de cunho social, pois é um apelo da sociedade que o enfrentamento seja eficaz. É a intenção de se estabelecer um sistema de combate e prevenção à corrupção no Brasil. Cite-se sobre isso a exposição de motivos do projeto de Lei 6.826/2010:

A exposição de motivos do projeto de lei é muito clara quanto aos seus objetivos: repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formulações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública Nacional e estrangeira. A administração aqui tratada é a administração dos três Poderes de República, em todas as esferas de governos – União, Distrito Federal, Estados e Municípios -, de maneira a criar um sistema uniforme em

todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especialidade do federalismo brasileiro.³²

Como dito, a LAE possui como um dos principais pressupostos acatar a demanda internacional de uma legislação que atue contra a corrupção, tanto em território nacional quanto estrangeiro. No entanto, a preocupação em elaborar essa lei, segundo alguns autores, recai sobre a necessidade de frear as lesões à administração pública brasileira que vem assolando o erário e pondo desconfiança na atuação do Estado por parte da nação. É o que pensa Marçal Justen Filho:

É evidente que a preocupação do Estado brasileiro é muito mais intensa em relação ao cenário interno do que relativamente às condutas praticadas no exterior. Ou seja, a aplicação da lei 12.846 ocorreu de modo mais intenso relativamente à práticas realizadas no Brasil.³³

O início da lei em questão se deu com o projeto de lei 6826/2010, dando início aos pareceres sobre a primeira redação em maio de 2011. Tendo por base a questão central deste trabalho, que é a responsabilização objetiva dos grupos econômicos. Importa trazer a redação original do Projeto de Lei que se refere ao tema:

Art. 5º Serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, as entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, as sociedades controladas e controladoras, as coligadas, e, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas.

Embora tivessem sido apresentadas emendas ao projeto original, em nenhuma delas cogitou-se qualquer alteração da redação do art.5º supracitado.

Uma alteração substancial no projeto de lei ocorreu em março de 2012 quando foi apresentado parecer substitutivo onde se alterava o texto acima mencionado, justificando que a referência às empresas coligadas no tocante a responsabilização por atos lesivos deveria ser retirado, uma vez que há uma

³² Exposição de Motivos do Projeto de Lei 6.826/2010. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400> Acesso em: 06 de out de 2016

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **A “nova” lei anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846)**. informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba. nº 82, Dezembro de 2013 Disponível em:

<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt> Acesso em: 07 de out de 2016

distância significativa de envolvimento entre estas empresas. No entanto não se fez justificativas quanto a alteração da responsabilização solidaria por subsidiaria dos grupos econômicos³⁴. Então, a nova redação do art. 5º era apresentada:

Art 5º Serão subsidiariamente responsáveis pela prática de atos previstos nessa Lei as entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, as sociedades controladas ou controladoras e, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas.

Em abril do mesmo ano o relator apresenta um segundo substitutivo, que em nada altera o art. 5º. Já em junho de 2012 foi apresentada uma proposta de substitutivo pelo deputado Eduardo Cunha, na qual se pleiteava a mudança do texto quanto aos grupos econômicos, onde as sociedades coligadas eram novamente citadas, bem como a responsabilidade voltava a ser solidaria. Trouxe, no entanto, uma restrição à responsabilidade, que seria o pagamento de multa e a reparação integral do dano causado. Então, a nova redação quanto aos grupos econômicos assim era apresentada:

Art. 4,§2 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 responsabilidades à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.³⁵

Em 24 de abril de 2013, dia após a apresentação de um terceiro substitutivo pelo relator, foi aprovado em Reunião Deliberativa Ordinária o texto da lei. Seguiu-se então o projeto para a Coordenação de Comissões Permanentes, para a Mesa diretora da Câmara dos Deputados e em seguida para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo aprovada no dia 16 de junho de 2013.

O Projeto foi destinado ao Senado Federal sendo imediatamente encaminhado para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, sendo logo após levado ao Plenário.

No dia 4 de julho de 2013, em regime de urgência, a matéria é apreciada³⁶. É então anunciado o parecer do plenário, tratando da necessidade da aprovação desta

³⁴ BRASIL. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.826, de 2010**. Projeto de Lei n. 6.826, 2010. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas.

³⁵ *Idem*

³⁶ BRASIL. **PLC**. Projeto de Lei da Camara, n. 39 de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela pratica de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e da outras

lei frente ao panorama internacional de combate à corrupção, e que este era um importante passo para que a imagem do Brasil fosse vista positivamente por outros países. E ainda, sobre a necessidade de se ter uma lei como esta visto que em ultimo relatório proferido pela OCDE houve questionamentos quanto à legislação brasileira de controle da corrupção, principalmente no tocante a responsabilização da pessoa jurídica por ato de corrupção.

Sem que houvesse emendas o projeto foi enviado para a sanção da presidente da república, que foi promulgado com algumas mensagens de veto. E no dia 1 de agosto de 2013 a Lei 12.846 foi publicada no Diário Oficial, tendo como redação final a seguinte:

Art. 4º § 2º As sociedades, controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas, serão solidariamente responsáveis pela prática de atos previstos nesta lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

Embora o trâmite de aprovação da lei tenha contado com outros questionamentos sobre o texto, nos importa centrar nas que se pautaram na questão dos grupos econômicos. Todo o processo contou com três discussões, quais sejam: a participação das coligadas na responsabilização por atos corruptores; a responsabilidade solidaria e subsidiária das empresas; e a limitação da responsabilidade que por fim se deu com o pagamento de multa e reparação do dano.

Em março de 2015 o Decreto 8.420 regulamentou a Lei 12.846/13, detalhando diversos pontos como a aplicação das sanções, os cálculos e critérios das multas administrativas, os parâmetros que irão avaliar os programas de *compliance* das pessoas jurídicas, as regras que estabelecem o acorde de leniência dentre outros que careciam de melhor posicionamento legislativo para uma melhor compreensão da extensão e aplicação da lei.³⁷

providências. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113244> acesso em: outubro de 2014

³⁷ DECRETO LEI 8.420 DE MARÇO DE 2015 – REGULAMENTA A LEI 12.846/13 – LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA. Disponível em: <http://www.cbic.org.br/sites/default/files/DECRETO%208420-15.%20REGULAMENTA%C3%87%C3%83O%20LEI%20ANTICORRUP%C3%87%C3%83O.pdf> acesso em: out de 2016

Em geral a referida lei que responsabiliza as empresas por atos de corrupção vem ao encontro de uma sistemática internacional e coloca o Brasil no caminho da competitividade econômica mundial, pelo menos no quesito da normatividade contra a corrupção. No entanto os questionamentos se fazem sobre se de fato uma previsão legal de penalização da pessoa jurídica é suficiente no combate a este mal, ou ainda, se não houve falta de controle na penalização prevista oriunda de uma possível carência de análise minuciosa das questões que envolvem esta lei e todo o ordenamento jurídico.

4.DOS ASPECTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPESAS

4.1. INTRODUÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL

A Lei anticorrupção veio para mudar o cenário de responsabilização, retira do foco de condenação o agente físico corrupto para se voltar à empresa corruptora, ou que tenha em alguma medida se beneficiado por ato ilícito contra a administração pública. Passa, então, ao desuso de medidas de combate a corrupção da esfera penal, que nesta lei é tido como uma última opção, por não ser visto como eficaz na condenação das empresas corruptas, pois não possui mecanismos que de fato sejam capazes de evitar ou sancionar atos ilícitos na esfera empresarial³⁸. Opta-se pelo Direito Administrativo Sancionador. Este, segundo o legislador, possui melhor capacidade de lidar com estas questões, inovando, por exemplo, quando deixa de lado a comprovação de culpa do agente, basta que se verifique o resultado e o nexos causal para que seja imputada a responsabilidade, tanto na esfera civil quanto na esfera administrativa.

Essa responsabilidade a que se remete a LAE importa para o direito sobre vários aspectos, e surge diante das mais variadas relações jurídicas. São tão importantes para a prevenção quanto para a coerção no cumprimento de deveres. Também atuam na reparação de um direito quando há o não cumprimento de um

³⁸ É o que se verifica na exposição de motivos do projeto da Lei anticorrupção, em seu item 10: “o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção.” Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/EXPMOTIV/EMI/2010/11%20-%20CGU%20MJ%20AGU.htm

Acesso em: outubro de 2014

dever, ou de um prejuízo causado, neste sentido trata José Anacleto Santos, comentando a Lei Anticorrupção:

Responsabilidade, no direito brasileiro, pode ser definida como a condição jurídica ostentada por um sujeito de direito, em razão da qual ele deve suportar as consequências legais de certo fato ou dada conduta humana, ação ou omissão, lícita ou ilícita, praticada por ele próprio ou por terceiro, a quem se acha vinculado por lei ou contrato.³⁹

Os atos que a lei 12.846 classifica como corruptivos estão elencados no art. 5º, quais sejam: I) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou terceira pessoa a ela relacionada; II) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar qualquer a pratica dos ato ilícitos previstos nessa lei; III) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV) no tocante as licitações e contratos: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participação de licitação publica ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração publica, sem autorização em lei, no ato convocatório de licitação publica ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiros dos contratos celebrados com a administração pública; V) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir na sua atuação, inclusive no âmbito das agencias reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

³⁹ SANTOS, José Anacleto Abdico; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários á Lei 12.846/13: Lei anticorrupção**, 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p. 103

Insta tratar de maneira breve sobre os regimes de responsabilização trazidos pela Lei 12.849, a fim de melhor entendermos os seus dispositivos bem como fornecer melhor embasamento para as discussões sobre o tema.

4.1.1.Responsabilidade civil

A responsabilização civil pauta-se pela obrigação de reparar o dano causado, ou mesmo trata da recomposição do dano ao estado anterior. Portanto, se impõe ao agente causador do prejuízo a natureza obrigatória da reparação. E neste sentido a LAE visa, também, com essa reparação recompor o prejuízo ao erário, ao patrimônio público que foi lesado pela conduta ilícita do agente.

Sobre a reparação civil presente na Lei 12.846/13 Ubirajara Costódio Filho apresenta as previsões nela contida, indicando que não são muitas essas previsões:

[...] é de se concluir que a Lei 12.846/2013 não é apenas uma lei sobre responsabilidade civil, pois a rigor, ela contém poucas disposições a este respeito. Para ser exato, apenas nos art. 1º e 2º, no §4º do seu art. 19 e no paragrafo único do seu art. 21, a Lei 12.846/2013 se refere a "responsabilidade civil" e a "reparar o dano causado pelo ato ilícito", indicando que ai então poderá haver a acumulação das sanções dos art. 6º e 19º com a apuração de danos para fins de sua reparação civil, nos processos de responsabilização pelos ilícitos do art. 5º.⁴⁰

Além de haver a responsabilização pelo dano também importa à responsabilização civil o enriquecimento ilícito, neste caso, por ação corruptiva que importe em benefício sem causa a empresa. Surge disto também um dever de se voltar ao *status quo* com o intuito de desbeneficiar a empresa e voltar o patrimônio a esfera pública.

Nem mesmo o acordo de leniência livra o infrator de reparar o dano, o que ocorre é uma atenuação da punição, no entanto os prejuízos devem ser ressarcidos integralmente e por vezes em concomitância com a judicialização administrativa.

⁴⁰ *Idem*, p. 103

4.1.2 Responsabilidade administrativa

O Estado se impõe sobre os particulares para manter a ordem pública, é seu poder de polícia em prol dos interesses coletivos, estes se sobrepõem ao interesse individual.

Este poder de polícia do Estado se faz presente através da prevenção, quando notifica, autoriza, ordena e da repressão com uma atuação coercitiva pautada na legislação constitucional e os princípios que regem o ordenamento, neste sentido diz Marçal Justen Filho:

Em acepção ampla, o poder de polícia compreende competências legislativas e administrativas. Alude-se a poder de polícia administrativa para indicar o conjunto de competências desenvolvidas pela autoridade estatal em nível infralegal, mediante providências destinadas a dar concretude a valores, princípios e regras consagrados em normas constitucionais e legais.⁴¹

A partir da atuação do Estado na esfera administrativa por meio da repressão, a Lei anticorrupção se situou, visando à responsabilização administrativa dos atores que cometem os ilícitos contra os interesses coletivos. Visa, portanto, punir administrativamente aquelas condutas ilegais ocorridas nas relações jurídicas, conduzindo à extinção ou restrição de direitos.⁴²

A responsabilização administrativa deixa de lado a reparação do dano, o retorno ao estado anterior que é inerente a responsabilização civil. Ele vai além disso. Na Lei 12.846 a sanção se dá de forma objetiva às empresas que se beneficiam, direta ou indiretamente, por corrupção à Administração. Variadas são as sanções que visam a desestimulação das práticas ilícitas empresariais. Elas estão previstas no Capítulo III da referida lei:

Art. 6º Na esfera administrativa. Serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nessa Lei as seguintes sanções:
I) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
II) Publicação extraordinária da decisão condenatória

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. ver., atual. E ampl. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2014. p.585

⁴² *Idem*, p.577

Importante ressaltar que em caso de acordo de leniência o delator é exonerado da pena de publicação de extrato da decisão condenatória e terá redução da multa, no entanto, pela responsabilização civil, como já tratado, devera ressarcir integralmente os danos causados.

Ainda, segundo o §4º do artigo supracitado, em caso de não ser possível auferir o faturamento bruto para fins da aplicação da multa, esta poderá variar de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). A multa ora referendada, no caso das empresas que não cometeram diretamente o ato ilícito, mas respondem, pela lei, solidariamente, é a penalidade imposta em caráter administrativo.

Demonstra-se o caráter também de prevenção quando da aplicação da responsabilização administrativa trazida pela LAE. A retirada de foco do corruptor como pessoa física para a empresa corrupta importa, pelo menos em tese, tem maior eficiência no combate á corrupção. Demonstra maior efetividade neste propósito, pois afeta o que é mais importante para a pessoa jurídica, seu patrimônio. E mesmo que se possam tecer críticas contundentes a esta lei, é necessário admitir seu caráter inovador referente à tratativa de ilícitos cometidos por empresas, principalmente quanto à responsabilidade objetiva, o que pode vir a trazer mudanças na cultura brasileira de corromper e ser corrompida.

4.1.2.1 O direito administrativo sancionador

O Direito Administrativo Sancionador representa uma escolha a partir da realidade social, política e econômica que ronda a corrupção. Foi vista pelo legislador como meio mais eficaz no enfrentamento a esse mal, que não mais se intimidava com penas a muito aplicada pelo Direito Penal, como a privação de liberdade. Por vezes essa pena se mostrava vantajosa frente aos lucros que um ato corruptivo poderia trazer para a empresa. Então a sanção na esfera administrativa se apresentou como uma inovação com maior eficácia, e, talvez, com custos menos elevados.

A penalização voltada à constrição patrimonial do ator corrupto, que pela lei será a empresa, e não mais a pessoa natural, fundamental no Direito Penal,

demonstra a nova tomada de rumo na atuação do Estado contra empresas corruptas:

[...] a perspectiva de ser descoberto, detido e julgado, com a conseqüente efetividade das sanções cominadas, atua como elemento inibidor à prática dos atos de corrupção. Ainda que esse estado de coisas não seja suficiente a uma ampla e irrestrita coibição à corrupção, seu caráter preventivo e indubitoso.⁴³

A que se notar, no entanto, que toda ação do Estado deve ser pautada nas previsões constitucionais, seja do ordenamento ou nos princípios que a regem, é o que comenta Egon Bockman Moreira:

[...] a conduta da administração pública tem os princípios constitucionais como pressupostos de apreciação necessária, pois deve se comportar em obediência á eles e é controlada com base neles.⁴⁴

Arremata ainda Francisco Zardo, sobre o Direito Administrativo Sancionador:

O direito administrativo sancionador é o ramo do direito administrativo que disciplina aplicação das sanções administrativas. O pressuposto da sanção é a infração administrativa, cuja consumação é apurada em um processo administrativo. Portanto, o direito administrativo sancionador dedica-se ao estudo dos princípios e regras incidentes sobre a infração, a sanção administrativa e o respectivo processo apuratório.⁴⁵

Há que se lembrar que existe discussões sobre a inconstitucionalidade do Direito Administrativo como sujeito que sanciona e aplica a pena pautado na LAE. Entende-se que o poder judiciário deve intervir na aplicação das sanções de cunho penal, não há o princípio da imparcialidade no julgamento quando um mesmo sujeito instaura, conduz e julga o processo. Este posicionamento é defendido por Marçal Justem Filho:

Não se admite a aplicação pela autoridade administrativa de sanções por condutas desvinculadas de relações de direito administrativo – portanto, de cunho penal – sem a intervenção do Poder Judiciário. A questão é ainda mais grave porque, no âmbito da União, prevê-se que o mesmo órgão (a Controladoria Geral da União – CGU) terá competência para instaurar,

⁴³ BLOK, Marcela. **A nova lei anticorrupção e o compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 65/2014, jul.2014, p.263

⁴⁴ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.78

⁴⁵ ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013) / Francisco Zardo**. 1.ed. – São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2014. p.38

conduzir e julgar o processo administrativo. É evidente que isso elimina a imparcialidade do julgamento.⁴⁶

O que importa se verificar é o novo cenário de atuação condenatória referente aos atos contra o Estado e ao interesse público, neste cenário o Direito Administrativo com caráter sancionatório se coloca como peça fundamental diante da necessidade de uma atuação mais eficaz quando se trata da corrupção.

4.4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ATOS DE CORRUPÇÃO

Finalmente chega-se a uma das questões mais discutidas sobre a Lei anticorrupção, a responsabilização objetiva das empresas. Por muitos vista como a excelência desta lei, já para outros vê-se com olhar de desconfiança, de cautela.

Desde o projeto de lei já se visou à responsabilidade objetiva como importante inovação ao caráter sancionador frente aos atos de corrupção nas empresas, tratando da necessidade de comprovação apenas do resultado e do nexo causal para a imputabilidade da sanção. E tal vontade legislativa se manteve, fora corroborada inclusive pela presidente da república ao vetar a tentativa de mudança de responsabilização objetiva para subjetiva, entendendo que ocasionaria um desvirtuamento dos preceitos e inovações da referida lei.⁴⁷

Vale lembrar que a responsabilidade objetiva não é atributo exclusivo da Lei 12.846/13, tal previsão já faz parte de outros diplomas, tais como a Lei 6938/81, que refere-se à Política Nacional do Meio Ambiente, também o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e a Lei que disciplina o regime do CADE.⁴⁸

Como dito, temos na doutrina opiniões contra e a favor de tal responsabilização trazida pela LAE, dentre as que veem positivamente esta previsão temos Mateus Bertocini:

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **A “nova” lei anticorrupção brasileira (Lei Federal 12.846)**. informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba. nº 82, Dezembro de 2013 Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=82&artigo=1110&l=pt> Acesso em: 07 de out de 2016

⁴⁷ BRASIL, **Mensagem nº 314, de 1º 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: 27 de outubro de 2016

⁴⁸ Respectivamente as referidas leis:

Lei 6938/81 : Art. 14, § 1º ; Código de Defesa do Consumidor: arts. 12 e 14 ; Código Civil: art. 927, paragrafo único; e Lei do CADE: art. 36

A inovação é bem vinda, pois não é de hoje que os ilícitos cometidos contra a administração pública o são em nome e em proveito da pessoa jurídica, e não exatamente em benefício da pessoa natural. Os ilícitos que vitimam a administração pública, especialmente os de grande repercussão econômica, como os que ocorrem nas licitações e contratos administrativos, são praticados por empresas e em seu benefício, por intermédio da ação de seus diretores, gerentes, empregados, etc. A normativa supre uma deficiência do Direito Penal, focado na responsabilização culposa (em sentido amplo) da pessoa natural.⁴⁹

A grande barreira em se responsabilizar a pessoa jurídica subjetivamente por atos ilícitamente praticados denota a vontade legislativa em se instituir esse ordenamento, não há como se falar em vontade da empresa, em intenção dela em praticar um ato lesivo, por conseguinte torna-se impossível ir pelo caminho da sanção subjetiva. Então dolo e culpa passam a não ser mais elementos fundamentais, a fim de deixar de lado a problemática na aferição da responsabilidade empresarial.

No entanto, em que medida é possível se tratar de responsabilizar a empresa objetivamente, uma vez que, como se sabe, não possui vontade. Ela apenas é uma representação da vontade de quem a comanda, ou daqueles que sobre ela exercem o poder de decisão. A discussão é sobre a culpabilidade da pessoa que comanda a empresa, e não da empresa. Assim comenta Ubirajara Costódio Filho:

Com efeito, as pessoas jurídicas desenvolvem suas atividades mediante as condutas (i) de pessoas naturais integrantes de seus órgãos internos (diretoria, conselhos, etc.), na conformidade do respectivo ato societário constitutivo (contrato social ou estatuto), (ii) de pessoas naturais com vínculo de emprego (CLT) e (iii) de pessoas naturais constituídas representantes/ procuradores/ prepostos/ prestadores de serviços, por meio de específico instrumento, público ou privado.⁵⁰

A culpabilidade que envolve a sanção penal possui seu caráter principiológico constitucional, é um limite ao Estado. Já no Direito Administrativo Sancionador não há esse limite à culpabilidade quando se refere à responsabilização empresarial, a culpa aqui da lado ao dever de cuidado que a empresa deva ter frente aos atos

⁴⁹ SANTOS, José Anacleto Abdico; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários á Lei 12.846/13: Lei anticorrupção**, 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p. 118

⁵⁰ SANTOS, José Anacleto Abdico; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários á Lei 12.846/13: Lei anticorrupção**, 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 p. 83

ilícitos, por tanto, deixa-se a culpa, de caráter subjetivo, e olha-se para o dever inerente, de caráter objetivo.

Essa responsabilidade objetiva denota a observância de dois elementos, quando se olha de forma geral. São eles a causa, ou seja, a comprovação de que houve de fato o ato ilícito e conseqüentemente o prejuízo, e o nexo causal, que importa na demonstração de que determinado ato levou à determinado acontecimento ilícito, que remeta a uma sanção, ou seja, é a ligação entre a causa e o efeito ou mesmo, para ilustrar melhor relevância para a lei em questão, a relação entre a pessoa jurídica e a pessoas natural que atua na ilicitude.

Referindo-se a LAE é importante também observar a necessidade de um terceiro elemento para a caracterização dessa responsabilidade objetiva, qual seja, a demonstração do benefício auferido pela empresa diante do ato de corrupção. É o exposto no art. 2º dessa lei:

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.

Então o regime da culpabilidade, ou responsabilidade objetiva deve fundar-se sobre tudo na maior certeza possível da ilicitude e nos aspectos que a compõem. No caso da Lei 12.846 os três elementos: causa; nexo causal; benefício da empresa com o ilícito, devem estar demonstradamente e irrefutavelmente presentes quando da acusação, sobre o risco de se tornar um Direito Sancionador arbitrário por parte do Estado. Então, a falta de um dos elementos deve ser utilizada como pressuposto para a inimputabilidade do ilícito, seja ele civil ou administrativo. Diante desta questão, arremata Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre a jurisdição da lei anticorrupção:

[...] se a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção fizer prova de que não houve violação a ordem jurídica, ou de que tal evento não decorreu da conduta de seus representantes – rompendo o nexo de causalidade – não a que se falar na aplicação das sanções previstas nos art. 6º e 19º da referida lei. Mais que isso: caso se faça prova de que o ato de corrupção foi praticado em benefício de seu funcionário ou fora do exercício de suas funções laborais, não há que se cogitar de responsabilização.⁵¹

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas**. Forum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte. v.14. n.156,

No mesmo sentido caminha Paulo Henrique dos Santos Lucon:

Embora seja dispensada a presença do elemento volitivo para configuração do ilícito (“art.2º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente (...)”). A prova dos atos tidos como irregulares deve ser clara e convincente. Tanto é assim que consta do art. 5º, II e III, uma expressão (“comprovadamente”) que só faz reforçar a necessidade de que as provas da prática do ilícito levem a uma conclusão acima de qualquer dúvida razoável.⁵²

A nova roupagem legislativa de combater a corrupção nas empresas possui críticas que podem ser de fato pertinentes, no entanto não há que se dizer que sua inovação não trouxe contribuição para o país. No mínimo é sensato dizer que elevou a atenção das empresas, e sobre tudo dos empreendedores, quanto a sua responsabilização por atos ilícitos, que atentem contra a economia. A ideia de fragilidade do sistema punitivo que sempre tomou contra do Brasil aos poucos vai perdendo espaço para a maior certeza de que poderá ser alcançado por leis cada vez mais eficazes.

Além da maior certeza de punição, a lei também coloca no mercado a necessidade de se dar atenção às políticas de combate a atos ilícitos internamente às empresas. As medidas de *compliance* são políticas empresariais que podem ser adotadas com o intuito de melhor gerenciar as condutas da empresa. Sua implementação, além de guia à pessoa jurídica para uma boa administração, também importa quando da aplicação de qualquer sanção referente à corrupção.

Esse ponto traz outra questão quanto à aplicação da lei 12.846, o sopesamento que se deve fazer quando da punição em se tratando de empresa que tenha adotado as devidas medidas anticorrupção. Ora, não há garantia completa de que uma boa política de *compliance* ira inibir os atos ilícitos, a conduta humana é, de certa forma, imprevisível, e o que se espera dos aplicadores da referida lei é o mínimo de coerência na hora de punir as pessoas jurídicas que tenham cumprido com as indicações de prevenção à corrupção.

fev. 2014 p.8 Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf Acesso em: 30 de set de 2016

⁵² LUCON, Paulo Henrique dos santos. **Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. Revista dos Tribunais. 2014. p.271

4.2.1 Responsabilidade objetiva nos grupos econômicos

Se há questões polêmicas que envolvem a responsabilização objetiva frente a uma empresa, essas discussões se alargam quando se trata de responsabilizar um grupo econômico. Uma empresa que seja responsável por ato ilícito levará a sanções todo o grupo, mesmo que os demais integrantes tenham tomado todas as medidas cabíveis para prevenir possíveis atos corruptivos, ou pior, havendo isoladamente um indivíduo, pertencente a uma das empresas do grupo econômico que atente contra a administração pública, ocasionara respaldo para a responsabilização objetiva de todo o grupo. É o que se depreende da interpretação do §2º do art. 4º, e o que gera toda a discussão a cerca da constitucionalidade de se imputar a alguém, mesmo que alguém inanimado, uma responsabilização que não lhe seja deveras cabível, e isso se faz possível pela solidariedade a que estão sujeitas as empresas participantes de um grupo econômico.

Alguns autores que possuem entendimento contrário à responsabilização objetiva em grupos de empresas sugerem alterações na legislação. Entendem que é preciso analisar a real interferência da pessoa jurídica acusada no ato ilícito, portanto, uma análise subjetiva para se chegar a contribuição culpável da empresa na prática indesejada. Também é possível se olhar para a responsabilização objetiva do grupo econômico a partir de uma inversão do ônus probatório, ou seja, caberá as empresas do grupo provar que não contribuíram para a ilicitude, bem como buscaram medidas para evita-las, tirando o cargo de provar os fatos infracionais de acusação, o que contribuiria com a celeridade dos processos bem como desoneraria o Estado de ter que arcar com as barreiras que se levantam na demonstração da culpabilidade, culpasse a sociedade de empresas e estas terão que provar a inocência das que são inocentes e a culpa daquela, ou daquelas que praticaram de fato a ação ilegal.⁵³

Então, a responsabilização objetiva, juntamente com a responsabilização solidária nos grupos econômicos comporta indagação quanto à legitimidade de se colocar no polo passivo de uma acusação administrativa ou civil uma empresa que possua todos os requisitos de cumpridora dos preceitos anticorrupção, mas que por

⁵³ SPERCEL, Thiago: **Considerações sobre a responsabilidade solidária do grupo econômico por atos de corrupção.** p.291 Disponível em: <http://www.stblaw.com/docs/default-source/Publications/brazilian-corp-law-review---spercel.pdf?sfvrsn=2> acesso em: 30 de set de 2016

fato de terceiro se sujeita as sanções, que diga-se de passagem são pesadas, e correm o risco de ruir diante uma falta de limite razoável de aplicação na lei.

Para Guilherme de Souza Nucci, a crítica mais severa que se pode fazer quanto a Lei anticorrupção esta presente na responsabilização objetiva das empresas, por não adentrar no campo da culpabilidade:

Punir a pessoa jurídica por evidentes crimes, por intermédio de uma bizarra e inédita responsabilidade judicial, sem dolo ou culpa, é inconstitucional, por ferir o princípio da culpabilidade. Sem máscaras administrativas onde a essência é penal. Não deve o Judiciário permitir essa anormalidade, sob a grave consequência de, amanhã, alargar-se a responsabilidade objetiva para as pessoas físicas, tornando um caos o sistema punitivo brasileiro⁵⁴

Isto não deslegitima a LAE, sua importância é sem dúvida incontestável, tanto para se ter um olhar positivo por parte de outros países, como também um crescimento interno no que se refere a combate à corrupção e mudança no cenário de controle a este mau. Mas é preciso se implantar um ordenamento coerente, e bem estruturado, e atentar para o não cometimento de excessos na legislação.

4.2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS

Uma vez que se tratou da necessidade de culpa ou dolo para a imputação de crime no Direito Penal, deixando de lado a responsabilização objetiva, portanto, também se desvirtua daquela área do direito a responsabilidade solidária. A previsão do art. 5º, LV da Constituição Federal de 88 denota que a responsabilidade penal da pessoa é pessoal e intrasferível, ou seja, não há que se dividir a sanção.

Então em mais um ponto se estabelece a distância de medidas e de instrumentos para o combate a corrupção que traz a Lei 12.486 em comparação com o Direito Penal.

A solidariedade quanto à responsabilização prevista na LAE impõem aos entes dos grupos, que estejam horizontal e verticalmente envolvidos, a obrigação de conjuntamente reparar o dano causado, mesmo que este dano venha de apenas uma das pessoas jurídicas, dentro de um grupo econômico. Esta previsão advém da

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Corrupção Anticorrupção. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015. p.80

solidariedade que se impõem no art. 275 do Código Civil que trata do direito do credor em face da cobrança frente a seus devedores.⁵⁵

O Código Civil ainda prevê o direito de regresso quando do pagamento efetuado por individuo que se encontre em posição injusta, ou seja, aquele que diz não ter praticado o ato que levou a punição poderá propor a ação requerendo indenização em face daquele que acusa ser o real infrator.⁵⁶

As relações entre empresas e que estão previstas na LAE já foram tratadas em capítulos anteriores, e agora importa trazer-las para analisarmos a responsabilização solidária a que estão sujeitas tais ligações entre pessoas jurídicas.

Como salientado a pouco, a solidariedade sujeita a empresas que possuam relações tanto horizontais quanto verticais, ou seja, relações que compreendam controle de uma sobre outra empresa ou relações paritárias, onde não há poder de decisão se impondo dentro de um grupo ou sobre determinada pessoa jurídica. Importa então tratar da solidariedade inerente à relação de controle, e tecer uma primeira crítica sobre a LAE referente à responsabilização solidária.

Não há qualquer previsão na Lei 12.846 quanto à relação vertical que se verifica na relação de controle, onde uma empresa possui poder sobre a outra. Este poder, como já tratado, denota submissão da controlada frente a controladora, de aceitação sobre o comando de decisão que uma pessoa jurídica ou sociedade tenha sobre outra pessoa jurídica. Uma vez que a previsão da LAE seja de responsabilizar as empresas que possuam ligações societárias umas com as outras, dentre essas ligações esta a de controle, como haveria de ser responsável a empresa controlada por condutas adotadas pela empresa controladora. Diante do caráter de admissão de decisões sem poder de contrastar, a controlada estará sujeita aos percalços que possam ocorrer a partir das estratégias da controladora.

Soa injusto responsabilizar uma empresa que, como dito, não poderia agir de outra forma se não conforme os ditames daquela que possui poder para ditá-los.

⁵⁵ Código Civil 2002. Art.275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns de seus devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores.

⁵⁶ Código Civil 2001. Art.285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, respondera este por toda ela para com aquele que pagar.

Outra crítica que se pode tecer é quanto a previsão no §2º do art. 4º da referida lei que trata da figura do controlador apenas como sendo pessoa jurídica, não se referindo ao controlador pessoa física. Então em princípio não há que se falar em responsabilizar um controlador pessoa física que possua relação com a empresa, ou empresas, ligadas a atos infracionais.

O que se buscou com o estabelecimento da solidariedade, bem como da responsabilização objetiva, foi estabelecer mecanismos que cumpram com a função de ressarcimento do dano e compensação ao erário pela prática de um delito corruptivo.

No entanto essa busca por justiça através de uma legislação como essa que impõe a solidariedade a qualquer custo, poderá converter a busca pela justiça pelos atos de injustiça cometidos sobre aqueles que não deveriam ser punidos. Faz-se a necessidade de analisar até que ponto é benéfico ter uma sanção que vise frear a corrupção, mas que para isso também reduza a confiança no mercado, pois não se sabe em que medida se poderá ter de arcar com custos e penas das quais injustamente se é acusado.

Em relações de coligação e consórcio as preocupações a respeito dessa previsão de responsabilização são talvez um pouco mais elevadas. Em exemplo arrematador sobre a questão das coligadas e a previsão da solidariedade, Zanon de Paula Barros demonstra sua crítica sobre a questão:

Veja-se então a seguinte situação: uma sociedade é responsabilizada por ato praticado no seu interesse, lesivo a Administração Pública, e está sociedade não esta em boa situação econômico-financeira. Entretanto, essa sociedade tem em seu patrimônio 10% do capital votante de outra sociedade anônima que, assim, por definição, do Código Civil, é sua coligada. Ocorre que esse capital foi adquirido em bolsa de valores, como investimento, e sua titularidade não faz parte do bloco de controle da coligada nem tem acordo de acionistas em relação à ela. A única relação entre elas ocorre no dia da AGO da coligada, quando la aparece o advogado da investidora apenas para ter a confirmação de que esta tudo em ordem e os valores dos dividendos que caberão ao seu cliente. Pois bem, pela letra da lei, por estar em boa situação econômico-financeira e ser coligada daquela interessada no ato acoimado de lesivo, a sociedade em que a beneficiária do ato detém meramente 10% do capital correrá o serio risco de ter de pagar as penalidades impostas à investidora e ressarcir os danos por ela causados, embora não tivesse meios de fiscaliza-la e muito menos de impedir aquele ato e nem de longe tivesse qualquer interesse nele, só tomando conta de sua existência quando lhe chegasse a salgada conta. É absoluta iniquidade da lei: penalizar-se quem não se beneficiou

nem ao menos indiretamente do ato lesivo, no qual não teve conhecimento e nem tinha o menor poder de impedi-lo. Isso não faz qualquer sentido.⁵⁷

Dá-se atenção apenas ao fato de o ato ter previsão legal de punição sem auferir os reais infratores, apena-se aqueles que se quer teriam como evitar o ocorrido, ou dele obtido lucros. Coloca-se em cheque a estabilidade da pessoa jurídica em prol de se demonstrar que o Estado é capaz de punir.

A existência da solidariedade nas relações de grupos econômicos implica, portanto, responsabilizar uns pelos atos de outros, e mesmo as empresas públicas estão sujeitas a tal sanção, como demonstra Mauricio Silva Leite e Eduardo Maffia Queiroz Nobre, trazendo a relação de subsidiária integral entre BNDES e BNDESPAR e logo em seguida aludindo ao risco de responsabilização que incorre aqueles:

Tomemos como exemplo o braço de investimento do BNDES, a BNDESPAR, que pode tanto se enquadrar no conceito de coligada como no de controladora, pois tem como objetivo ser “uma importante fonte de apoio financeiro às empresas através de valores mobiliários raramente detendo mais do que 33% do capital total de uma empresa. apesar de serem transitório por natureza, alguns dos investimentos do BNDESPAR são feitos por períodos mais longos, dependendo essencialmente de tempo de maturação dos investimentos realizados. Já do ponto de vista de seus investimentos, a BNDESPAR detem em coligadas mais de R\$18 bilhões e em não coligadas mais de R\$ 54 bilhões: e somente por meio de ações participa em 141 empresas diferentes.

Pela aplicação da regra de solidariedade, seria legítimo cobrar diretamente da BNDESPAR o valor de uma condenação por infração a essa lei, pelo simples fato de a infratora ser uma de sua coligadas. A aplicação da solidariedade não dependeria, portanto, de qualquer outra análise.⁵⁸

Demonstra-se uma necessidade de cautela na aplicação desta lei. As sanções são sem duvidas significativas e podem acarretar em desmoronamento tanto financeiro quanto estrutural de uma empresa que tenha de subsidiar as infrações de outra.

Diante disso olha-se para a importância de se atentar para o interesse e benefício que envolvem os membros de um grupo diante de um ato ilícito, assim como no art. 2º da LAE se prevê para a responsabilização objetiva esses requisitos,

⁵⁷ BARROS, Zanos de Paula. **Lei anticorrupção fere direito ao penalizar sociedade coligada**. Consultor Jurídica. Publicado em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-29/zanon-barros-lei-anticorrupcao-fere-direito-penalizar-sociedade-coligada> > acesso em: 1 de nov de 2016

⁵⁸ LEITE, Mauricio Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. **Responsabilidade solidária por atos de corrupção**. Revista dos Tribunais. v. 947, set. 2014. p.325

por que não busca-los como fundamento para a solidariedade pelo ato ilícito, e junto a isso saber equacionar o grau desse interesse, pois o lucro faz parte dos investimentos e ações societárias, deve se saber se esse lucro partiu de um ato infracional intencional por parte daquele que é apenado.

Devem-se propor junto às boas intenções da lei anticorrupção os caminhos que se utilizara para que não se chegue a um desarrazoado ordenamento, que faça justiça através da injustiça e comprometa toda a eficácia proposta ponto em descrédito a LAE. Conforme opina Zanos de Paula Barros:

Estabelecer-se responsabilidade solidária, para sociedade coligada ou consorciada, por ato lesivo à administração pública, que não tenha sido praticado por agente seu nem evidencie ser de seu interesse, fere de morte o princípio da razoabilidade e, por certo, essa solidariedade não será reconhecida por nossos tribunais.⁵⁹

Por último uma análise da aplicação da solidariedade na responsabilização por atos ilícitos nas relações de consórcio termina por compor a falta de razoabilidade com que se buscou o combate à corrupção no que se refere ao regime de responsabilização das empresas nos grupos econômicos. Ora, a previsão legislativa sobre o consórcio prevê que uma empresa não interfere em outra, sua ligação se restringe ao contrato firmado que possui um objetivo em comum. Uma pessoa jurídica sequer terá poder fiscalizatório, pois não pode adentrar no âmbito administrativo da outra. Então como responsabilizar determinada empresa por um ato que juridicamente não havia possibilidade de impedir, pois essa separação entre pessoas jurídicas no consórcio além de contratual é prevista no Código Civil.

4.4 A APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEUS QUESTIONAMENTOS ATUAIS

A Lei 12.846 é a positivação jurídica da expectativa de se mudar a sociedade ou controlar os desvios de condutas vistos como corretos por meio de leis mais severas, com sanções mais robustas. Demonstra-se a cultura do Estado punitivo.

⁵⁹ BARROS, Zanos de Paula. **Lei anticorrupção fere direito ao penalizar sociedade coligada**. Consultor Jurídica. Publicado em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-29/zanon-barros-lei-anticorrupcao-fere-direito-penalizar-sociedade-coligada> > acesso em: 1 de nov de 2016

A lei aqui tratada se consubstancia em mais um instrumento do microsistema de que visa tutelar as relações político-administrativas no Brasil.

Sua promulgação, como anteriormente abordado, vem ao encontro das legislações internacionais que buscam inibir comportamentos ilícitos por parte dos agentes que se relacionam diretamente com a administração pública no mercado. Também tem o condão de dar continuidade a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que há algum tempo serviu de base para julgar ações como o *impeachment* do Presidente Collor. Outra faceta que se pode retirar da referida lei é a intenção de que o próprio mercado adote medidas capazes de controlar e combater as ilegalidades nas empresas, medidas denominadas de *compliance*.⁶⁰

Essas medidas visam a implementar nas empresas uma política e controle interno das condutas ilícitas visando a cumprir com preceitos legais, tais como a lei 12.846 e tantos outros que venham a inferir no cotidiano mercantil. Vários são os benefícios que se pode ter com tal implementação, uma vez que se estabelece um padrão comportamental, um regimento que devera ser seguido e uma possibilidade de atenuação punitiva diante de comprovação de irregularidades.

No entanto, após algum tempo da promulgação da LAE ainda se percebe pouca atividade empresarial no sentido de aplicação destes programas de regime interno prevenção à corrupção, é o que aponta José Campagno, profissional do setor de investigações de fraudes, em entrevista ao jornal Estadão:

Estruturas de *compliance* que existem formalmente, mas não funcionam na prática é algo com que me deparo diariamente. [...] as empresas costumam, em primeiro momento, procuram implementar algumas medidas tímidas para dar uma resposta rápida à lei, mas não uma resposta completa.⁶¹

Ou seja, embora se preceitue por uma ação da empresa no sentido de implementar medidas que caminhem com os princípios da lei, não há qualquer atuação, ao menos até o momento, de fiscalização efetiva que verifique essa atuação na prática. Também é preciso que se estabeleçam padrões que comportem

⁶⁰ FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 12, n. 47. p.33-43, out/dez. 2014

⁶¹ CAMPAGNO, José. “Lei anticorrupção faz três anos, mas compliance nas empresas ainda fica só nos discursos”. *O Estadão*. [São Paulo], 02 de agosto de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,lei-anticorruptao-faz-tres-anos-mas-compliance-nas-empresas-ainda-fica-so-no-discurso,10000066315> Acesso em: nov de 2016

os vários níveis de capacidade das empresas em implementar as medidas, uma vez que a responsabilização se impõem desde as pequenas empresas, e portanto com menos capacidade tanto institucional quanto financeira, até os conglomerados econômicos que detém maior poder econômico e organizacional.

A outra intenção do legislador ao compor o cenário normativo contra a corrupção através da lei 12.846 foi a previsão do acordo de leniência, onde a empresa coopera para a averiguação e conseqüentemente sanção de atos corruptivos que tenham ocorrido no âmbito empresarial público-privado. É, sem dúvida uma boa estratégia de ação, onde se usa aquele que tem conhecimento interno dos atos que compõem o ilícito e com isso a atuação do Estado se torna mais eficaz. No entanto existem questões que precisam ser levantadas quando a este acordo entre a empresa corruptora e o órgão sancionador, ou melhor, entre o delator (pessoa física) e o poder público.

Ocorre que a empresa é beneficiada quando do acordo de leniência. Consegue uma atenuação da pena, ou seja, em principio, uma vantagem na celebração do acordo. No entanto a pessoa física, que representa a empresa esta sujeita às sanções penais, em conformidade com o art. 333 do Código Penal que preceitua o crime de corrupção ativa, assim comenta João Marcelo Rego Magalhães:

Assim sendo, a confissão de ato lesivo contra o poder público, normalmente também tipificado como ilícito penal, pode ate trazer vantagens à pessoa jurídica, mas certamente trará conseqüências gravosas às pessoas físicas. É curioso observar que, quanto mais colaborar o dirigente ou administrador, mais reduzida ficara eventual sanção pecuniária a ser imputada à pessoa jurídica, e mais implicado ficará o delator na esfera criminal (salvo se houver benefício previsto ne legislação processual penal)⁶²

Demonstra-se um entrave que poderá influenciar na tomada de decisão por parte do representante da empresa em colaborar com os esclarecimentos que envolvem determinado caso de ilicitude. Talvez caiba uma rediscussão a respeito da necessidade de também se prever uma atenuação de responsabilização para aquele que aceita o acordo de leniência, a fim de gerar um estímulo a adoção desta prática,

⁶² MAGALHAES, João Marcelo Rego. **Pontos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira – Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013.** Revista da Procuradoria Geral do Banco Central. v. 8, n.1, jun/2014, p.72

bem como se observar a necessidade da atuação do Ministério Público e/ou Advocacia Pública que teriam o papel de controlar a legalidade e da segurança jurídica na celebração do acordo. Seria no mínimo razoável a previsão, como dito, de proteção ao delator pessoa física, pois não há, em princípio, maiores vantagens em se sacrificar em prol da empresa, como trata Guilherme de Souza Nucci:

Quem, em sã consciência, salva a pessoa jurídica de uma publicação de decisão condenatória ou de uma ausência de incentivos fiscais, colocando a própria cabeça a prêmio para ser preso, sem nenhuma vantagem na órbita criminal? Qual dirigente de uma pessoa jurídica – porque esta não fala sozinha – faz um acordo de leniência para aquela, enquanto ele mesmo vai encenar-se em todos os âmbitos, em particular, o penal?⁶³

As previsões de responsabilização que envolvem a Lei 12.846 também remontam á questionamentos sobre a responsabilização de empresas estatais, como sucintamente tratado anteriormente (cap. 4.2), o que leva a indagações sobre a aplicação dessa responsabilização.

Quando se pensa em empresas que pratiquem serviços indispensáveis, e se envolvam em atos de corrupção, se esbarra no princípio da continuidade do serviço público, onde comportaria a inaplicabilidade das sanções previstas na LAE pois comprometeriam a prestação dos serviços necessários para manutenção do Estado. E diante disso, tem-se uma possibilidade de que tais empresas fiquem a margem da aplicação da referida lei, passando por cima do art. 16, II, III e IV da Lei anticorrupção. Questões assim foram vistas quando da investigação no caso do “mensalão”, onde foram envolvidas as empresas dos Correios e o Banco do Brasil, bem como o mais recente escândalo que envolveu a Petrobras, na operação “Lava-Jato”.

Leva-se em conta o regime jurídico das empresas envolvidas em ilícitos, e veda-se a aplicação das sanções que acabariam por comprometer a prestação dos serviços públicos essenciais.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção Anticorrupção**. São Paulo: Editora Forense, edição digital, 2015. p. 129.

5.CONCLUSÃO

Sem dúvida a Lei 12.846/13 foi um importante avanço para a legislação brasileira no campo de combate a corrupção. No mínimo ela demonstra uma preocupação do legislador em tratar do assunto.

As pressões internacionais e o clamor popular acabaram influenciando na promulgação de uma lei que possui muitas falhas, mas que também abre caminho para a discussão sobre o tema, bem como coloca o Brasil no trilho em que percorrem outros países que também elaboraram seus instrumentos de enfrentamento as ações lesivas contra a Administração Pública.

A pessoa jurídica é o alvo direto da responsabilização trazida por esta lei. O que se pretende é uma inovação no cenário jurídico de combate a corrupção, buscando aperfeiçoar a legislação a partir de leis que anteriormente também inovaram, tais como a Lei de Improbidade Administrativa ou mesmo a Lei de Licitações, mas o que se pode inferir desta evolução é que a Lei Anticorrupção se aproxima um tanto mais do Direito Ambiental ou do Direito da Concorrência, no que tange ao intuito de reparação, pois se busca reparar o dano causado, e não somente a penalização. E este regime de reparação sujeita não apenas a pessoa jurídica envolvida diretamente com o ilícito, mas também aquelas que estão ao seu lado, como é o caso dos grupos econômicos.

Passou-se da problemática necessidade de apresentar o caráter subjetivo da ação lesiva para a mera responsabilização objetiva do sujeito passivo, onde basta a demonstração de fatos, nexos causal e resultado para que haja uma condenação da pessoa jurídica acusada. Não bastasse isso, ainda estão sujeitas a um regime de responsabilização solidária as empresas participantes de associações econômicas, o que pode levar ao descrédito nessa figura de agente econômico.

Os grupos econômicos são, sem dúvida alguma, peças importantes no mercado tanto nacional quanto internacional, podem elevar um país a um nível de competitividade econômica mundial, ou podem acabar por assolar a economia de uma nação, quando se esta diante de grandes conglomerados econômicos que deixam de investir em determinado Estado.

Portanto é preciso que uma legislação que trate de impor medidas sancionatórias a esses agentes seja muito bem elaborada, para que sua aplicação

não comprometa de forma injusta e economicamente reprovável o bom andamento da econômica e do mercado. A imposição de multas pesadas às empresas que componham determinada associação seja ela regida pelo regime de controle, coligação ou consórcio, mas que não tenham se sujeitado a ação ilícita, é colocar uma barreira ao desenvolvimento econômico.

Sanções que por certo são capazes de pôr fim as atividades de uma empresa, abrindo caminho para consequências economicamente irreparáveis, uma vez que uma multa de 20% sobre o faturamento bruto é suficiente para determinar a falência de uma empresa, e também trazer problemas sociais que envolvem terceiros, como o desemprego. Não se levou em conta, ao que parece, a função social da empresa que atua no contexto político-econômico-social do país, produz empregos, gera rendas e atua nos meios de produção.

Investiu-se na penalização, nas sanções significativas e na investidura do Estado contra a pessoa jurídica que pratica atos ilícitos, no entanto não se investiu na prevenção, nos meios de evitar a prática de atos corruptivos. A importância, por vezes, esta em evitar o dano e não tanto na reparação. A fiscalização se mostra mais barata e eficaz do que propriamente a acusação e consequente condenação.

Conclui-se que o regime de responsabilização da Lei anticorrupção possui seus percalços. Comporta uma dose excessiva de penalização para aqueles que, por vezes, venham a compor o polo passivo de uma ação sem que mereçam de fato passar por tal situação, e esta é sem dúvida uma das maiores críticas que se pode tecer quanto à lei aqui tratada.

Não se pode buscar a justiça através da injustiça. É infundado alegar que uma empresa também é culpada por ato de outra apenas porque compõe uma mesma sociedade empresarial, e esta previsão está bem expressa quando se olha para o §2º do art. 4º da Lei 12.846/13. É necessária a averiguação das vantagens reais e sabidamente auferidas, para então se pleitear a reparação bem como a devida penalização, bem como dar atenção as questões que envolvem uma hierarquia de decisões dentro das associações econômicas, para não condenar uma empresa submissa por atos praticados por outra que possui o poder de controlar.

Como se tratou rapidamente, também carece de maior atenção o tratamento dado ao controle de implementação de *compliance* nas empresas, que, sem dúvida, exerce um importante papel na boa gestão empresarial e caminha junto aos

preceitos da lei aqui estudada. Os acordos de leniência necessitam, da mesma forma, de um lapidamento legislativo, sobre tudo no tocante a responsabilização do delator como pessoa física, que livra a empresa de grandes sanções, no entanto esta sujeito as penalizações de acordo com o Código Penal, o que pode levar a falta de interesse nestes acordos e conseqüentemente frear supostas investigações.

Enquanto a LAE esta amadurecendo na aplicabilidade sancionatória e levantando discussões que, por certo, irão findar numa lei mais eficaz, sua presença no ordenamento brasileiro conduz, ainda que necessite de maior fiscalização, à uma atenção maior por parte das empresas, e a um medo maior por parte daqueles que praticam ou pretendem praticar atos ilícitos contra a Administração Pública, em detrimento do Estado e conseqüentemente da população.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Augusto Quedalhas Lima Engrácia. **Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2002

BARROS, Zanos de Paula. **Lei anticorrupção fere direito ao penalizar sociedade coligada**. Consultor Jurídica. Publicado em 29 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-29/zanon-barros-lei-anticorruptao-fere-direito-penalizar-sociedade-coligada> > acesso em: 1 de nov de 2016

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial** / Marcelo M. Bertoldi, Marcia Carla Pereira Ribeiro. – 5.ed. ver. E atual. – São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2009

BLOK, Marcela. **A nova lei anticorrupção e o compliance**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 65/2014, jul.2014

BRASIL. **Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.826, de 2010**. Projeto de Lei n. 6.826, 2010. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4ECD0BDE36F2D167E048264A52489398.proposicoesWeb1?codteor=970659&filename=Tramitacao-PL+6826/2010%3E> Acesso em: set de 2016

BRASIL. **PLC**. Projeto de Lei da Camara, n. 39 de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela pratica de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e da outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113244> Acesso em out de 2016.

BRASIL, **Mensagem nº 314, de 1º 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: out de 2016

CAMPAGNO, José. **“Lei anticorrupção faz três anos, mas compliance nas empresas ainda fica só nos discursos”**. *O Estadão*. [São Paulo], 02 de agosto de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/governanca,lei-anticorruptao-faz-tres-anos-mas-compliance-nas-empresas-ainda-fica-so-no-discurso,10000066315>

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com 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, 2011

DECRETO LEI 8.420 DE MARÇO DE 2015 – REGULAMENTA A LEI 12.846/13 – LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. Volume I, Arts 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011

Exposição de Motivos do Projeto de Lei 6.826/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>
Acesso em: 06 de out de 2016

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Departamento de competitividade e Tecnologia. *Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*. São Paulo. 2010

FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas – Lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 12, n. 47. p.33-43, out/dez. 2014

FERREIRA, Luciano Vaz. & MOROSINI, Fabio Costa. **A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais**. p.262 Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/austral/article/viewFile/35615/23981> Acesso em: out de 2016

GONÇALVES NETO, Alfredo Assim, **Manual das companhias, ou, sociedades anônimas**. 3 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

GONÇALVEZ, Reinaldo. **Grupos econômicos: uma análise conceitual e teórica**. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/download/534/7662
Acesso em: out de 2016

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os Grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. Dissertação UFPR. 2008

LEITE, Mauricio Silva; NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. **Responsabilidade solidária por atos de corrupção**. Revista dos Tribunais. v. 947, set. 2014

LUCON, Paulo Henrique dos santos. **Procedimento e sanções na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)**. Revista dos Tribunais. 2014

MAGALHAES, João Marcelo Rego. **Pontos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial Brasileira – Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013**. Revista da Procuradoria Geral do Banco Central. v. 8, n.1, jun/2014

MIRANDA, Maria Bernadete. **Consórcio de empresas**. Direito Brasil:Publicações. p.6 Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/artigos/ce.pdf>> acesso em: 1 de out de 2016

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário: poder de controle e grupos de sociedades**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini. **Desconsideração administrativa da personalidade societária – compatibilidades e possibilidades da lei anticorrupção**. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. 2014

SPERCEL, Thiago. **Considerações sobre a responsabilidade solidária no grupo econômico por atos de corrupção**. Revista de Direito Empresarial. v. 4/2014. Disponível em: <http://www.stblaw.com/docs/default-source/Publications/brazilian-corp-law-review---spercel.pdf?sfvrsn=2> acesso em: 30 de set de 2016

TAMASAUKAS, Igor Sant'anna; BOTINI, Pierpaolo Cruz. **A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção**. Revista dos Tribunais. v. 947/2014, set. 2014

_____ **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. Relatório FIESP. Março de 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>> Acesso em: nov de 2016