

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 8, N. 1

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA – PI, V.8,
N. 1 JANEIRO / JUNHO 2021.

O *BRIBERY ACT*, FCPA E A LEI BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA E A IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM EMPRESAS PRIVADAS

THE BRIBERY ACT, FCPA AND THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW: THREE-FOLD COMPARATIVE ANALYSIS AND THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE PROGRAMS IN PRIVATE COMPANIES

Ailene de Oliveira Figueiredo

Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR, mestrada em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela UNIDERP, graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes Ipanema, especialista em Teoria do Estado das Relações Privadas e Processo pela Escola de Magistratura de MS e em Docência em Ensino Superior pela PUCRS.

Elias Marques de Medeiros Neto

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Pós-Graduação Executiva no Programa de Negociação da Harvard Law School, Pós-Graduação Executiva em Business & Compliance na University of Central Florida - UCF. Professor Doutor de Direito Processual Civil no Curso de Mestrado e Doutorado na Universidade de Marília - Unimar

Resumo: O objetivo do artigo foi analisar comparativamente o *Bribery Act*, FCPA e a lei 12.853/13 que tratam sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas e o mecanismo de proteção por meio do compliance. Utilizou-se o método comparativo de caráter teórico-analítico, relacional, bibliográfico e documental. Buscou-se informações e dados por meio de pinçamento entre as três legislações a fim de verificar as similitudes e diferenciais, relacionando-as ao compliance. Foram utilizados principalmente livros e artigos científicos para o alcance do objetivo. Como resultado verificou-se que guardam correlação em vários pontos, visando a inglesa e a americana o combate ao suborno que é um subtipo da corrupção e a brasileira o combate a atos ilícitos; a inglesa e americana possuem em seu corpo a estipulação de penas por crimes, já a brasileira somente define e pune administrativamente e civilmente, deixando a parte penal para a legislação correlata, já existente.

Palavras-chave: Bribery Act; FCPA, lei anticorrupção brasileira; compliance;

Abstract: The aim of this article was to comparatively analyze the Bribery Law, FCPA and Law 12.853/13, which deals with the administrative accountability of legal entities and the protection mechanism through compliance. The comparative method of theoretical-analytical, relational, bibliographic and documentary character was used. Information and data were sought by clamping between the three laws to verify the similitudes and differentials, relating them to compliance. Books and scientific articles were mainly used to achieve the objective. As a result, it was found that they have correlation at various points, aiming at the English and the American the fight against bribery that is a subtype of corruption and the Brazilian combating illegal acts; the English and American have in their body the stipulation of penalties for crimes, while the Brazilian only defines and punishes administratively and civilly, leaving the criminal part to the correlated legislation, already existing.

Keywords: Bribery Act; FCPA; Brazilian law anti-corruption, compliance.

Submetido em março de 2021. Aprovado em dezembro de 2021.

1 INTRODUÇÃO

A Lei do suborno inglesa foi aprovada em 08 de Abril de 2010, passou a vigorar em 01 de Julho de 2011. Abrange as empresas inglesas e estrangeiras que possuem negócios com o Reino Unido, se refere a pessoas físicas e jurídicas, particulares ou agentes públicos, ingleses e estrangeiros, empresas subsidiárias, serviços terceirizados, enfim quem quer que tenha negócios com a Inglaterra, ressaltando a extraterritorialidade da lei.

A Lei inglesa foi a primeira a enfrentar o desafio da prática de suborno e corrupção, combatendo em detalhes este mal que se espalhou por todos os países, envolvendo agentes públicos, empresas públicas e empresas e empresários privados. Esta determina penas severas que podem alcançar até dez anos e multas de valores ilimitados, necessitando de desenvolvimento de práticas seguras cercadas de todas as medidas necessárias para evitar conivência para com a prática do suborno, cuja conduta é considerada crime.

Existem exceções na *Bribery Act* (2010) que maculam o senso de Justiça, faz-nos recordar vagamente dos filmes de espionagem com o “agente 007 James Bond”, vez que se for de interesse do Estado, a prática de suborno está autorizada.

A Lei brasileira n. 12.846/13 que trata sobre corrupção tem como parâmetros a legislação americana e inglesa, trata da prática de atos ilícitos contra a administração pública quer nacional quer estrangeira, praticada por pessoa jurídica ou pessoa natural, abrangendo coautor e partícipes. Apesar de ser conhecida como a “lei anticorrupção” não há menção em qualquer artigo da palavra corrupção ou suborno como seu objeto, como na Lei inglesa, mas tão somente de ato ilícito.

Seguiram-se a esta legislação, a Lei 13.303/16 e o Decreto 8.420/15, sendo que a primeira foi conhecida como Lei das Estatais e impõe a estas a transparência, regras de controle e integridade. Já o segundo regulamenta e elege uma série de parâmetros de padrões de procedimento, conduta ética e integridades aplicáveis aos dirigentes e administradores das empresas. Todo este arcabouço jurídico impôs como palavra de ordem os programas de compliance a serem implantados pelas empresas públicas e privadas.

A Lei Americana *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977¹ se refere à prática de suborno no Exterior. Esta lei foi alterada em 1988 e 1998 e é composta por dois conjuntos de disposições: disposições contábeis e disposições antissuborno ocorridas no exterior. A Lei americana se refere exclusivamente à corrupção ativa, prevendo a responsabilidade civil e penal de pessoas físicas e jurídicas. Em seu conteúdo, exige a ação dirigida para o fim de subornar, qual seja o dolo, e a existência de programas de integridade é levada em consideração pela Justiça.

O presente artigo pretende analisar de forma comparativa as legislações brasileira, americana e inglesa sobre suborno e corrupção, bem como quais mudanças estas

1 O *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) promulgado em 1977 é a lei anticorrupção no exterior americana e sofreu alterações em 1988 e 1998. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41466.pdf>. Acesso em: 1º dez 2020.

legislações impuseram às empresas e agentes públicos e privados em suas relações com o Estado.

2 TRÍPLICE ANÁLISE COMPARATIVA DAS LEIS UK *BRIBERY ACT* DE 2010, LEI 12.846/13 DO BRASIL E O *FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT* (FCPA)

A lei inglesa aprovada em 08 de abril de 2010 e que passou a vigorar em 01 de julho de 2011, trata do suborno em seu direito consuetudinário, sendo esta irretroativa e com abrangência extraterritorial em certos casos, aplicável a empresas públicas e agentes públicos ingleses e estrangeiros, empresas privadas e seus funcionários e terceirizados, abrangendo empresas subsidiárias e associadas. São seis casos que a Lei inglesa define como ofensas de suborno geral, os quais se passam a analisar artigo por artigo.

2.1. A hipóteses que se relacionam com o fato de subornar uma pessoa

A primeira hipótese seria quando uma pessoa promete ou dá vantagem financeira ou outra vantagem, induzindo ou recompensando desempenho impróprio de função relevante ou atividade, não interessa que a pessoa a quem a vantagem é oferecida, prometida ou concedida, seja a mesma pessoa que deve desempenhar ou ter desempenhado a função ou atividade, bem como que a vantagem oferecida seja efetivada por terceiro ou diretamente, fato que corresponde ao crime de subornar outra pessoa.

A segunda hipótese seria quando uma pessoa dá ou promete uma vantagem financeira ou outra vantagem acreditando ou sabendo que a sua aceitação constitui desempenho impróprio de atividade ou função relevantes; não interessa que a vantagem oferecida seja efetivada por terceiro ou diretamente, fato que corresponde ao crime de subornar outra pessoa.

2.2 As hipóteses que se relacionam com o fato de um agente ser subornado

Prosseguindo, a terceira hipótese tem como previsão quando uma pessoa solicita, aceita ou recebe vantagem financeira ou outra vantagem com intenção de desempenhar per si ou através de outra pessoa de forma imprópria atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa.

A quarta hipótese seria quando uma pessoa solicita, aceita ou recebe vantagem financeira ou outra vantagem com intenção de desempenhar per si de forma imprópria atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

O quinto caso seria quando uma pessoa aceita, solicita, concorda em receber vantagem financeira ou outra vantagem como recompensa pelo desempenho impróprio de

atividade ou função relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

O sexto caso seria quando uma outra pessoa diferente do que foi subornado é quem desempenha de forma imprópria a função ou atividade relevante, não importando que a vantagem seja efetivada por terceiros, não importando ainda que o benefício desta vantagem seja para a pessoa que solicitou, aceitou o suborno ou em benefício de outra pessoa, não importando se sabe ou acredita que o desempenho da atividade é impróprio.

A função ou atividade relevantes expostas nos casos acima se referem a qualquer função de natureza pública, de atividade ligada a um negócio, que incluem comércio e profissão ou durante o prazo que uma pessoa estiver empregada, desempenhando uma função corporativa ou não. Deve sempre executá-la de boa-fé, sem violar a expectativa relevante que se espera e de forma imparcial, porque está em uma posição de confiança.

Para fins da aplicação da Lei, a função ou atividade relevante pode ser desempenhada em um país ou território fora do Reino Unido, ou mesmo sem conexão com este. A expectativa relevante esperada acima mencionada, é de um cidadão médio no desempenho de uma função ou atividade.

A lei contempla a questão de suborno de funcionário público estrangeiro, assim considerado a pessoa que detém posição legislativa, executiva ou judicial de qualquer tipo, eleito ou nomeado de um país ou território, que exerça função pública em qualquer órgão em empresa pública ou que seja funcionário de uma organização pública internacional. Para fins de influenciar, reter negócio, obter vantagem na condução de negócios, através de oferecimento, promessa ou qualquer vantagem financeira ou outra, para o funcionário ou outra pessoa, de forma direta ao funcionário ou através de terceira pessoa, com aquiescência ou consentimento deste, visando desempenho de forma imprópria a função ou atividade relevante.

A lei inglesa contempla a falha das organizações comerciais em evitar o suborno, neste caso a organização comercial se associa a funcionário, agente ou subsidiária da empresa, associada ou a qualquer pessoa que execute serviços em nome da organização comercial, para fins de subornar outra pessoa, com intenção de obter ou manter negócios, reter ou obter vantagem na condução desses negócios. Podendo ser acolhida a defesa da organização comercial de que tinha procedimentos adequados e implementados para impedir tal conduta em sua empresa, respondendo então tão somente a pessoa que subornou, e não mais a empresa.

O Secretário de Estado deve publicar orientações que as organizações comerciais relevantes podem implementar a fim de que se evite o suborno, bem como periodicamente publicar revisões destas orientações.

A Lei inglesa define as penalidades de até 12 meses e multa, para o acusado considerado culpado julgado como um crime sumário (sem acusação e sem júri). Na hipótese caso de haver indiciamento e condenação, a pena poderá ser de até 10 anos de prisão acrescido de multa. No tocante à omissão da organização comercial relevante em prevenir o suborno, a pena é a multa de forma ilimitada e responsabilização do diretor, oficial sênior ou qualquer pessoa que com conveniência ou consentimento tenha praticado o crime.

A lei inglesa indica a defesa para certos crimes de suborno, excludentes de culpabilidade, no caso de serviço de inteligência e das forças armadas, quando engajadas em serviço ativo, podendo apresentar defesa de um crime de suborno. Será necessário prova de que a sua conduta foi necessária em uma ação ou operação contra o 'inimigo', para proteção de vidas ou propriedade, ou ainda, no caso de ocupação de país ou território estrangeiro.

2.3. O contexto normativo da lei brasileira e americana

A Lei 12.846/13 entrou em vigor em 29/01/2014, e trata da responsabilização na esfera civil e na esfera administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira. Não há previsão de sanção penal, o que não impede a responsabilização criminal de pessoas físicas. Mas quanto às sanções civis e administrativas, a responsabilização pela prática do ato lesivo (civil ou administrativo) por parte da empresa é objetiva, bastando a comprovação da ação ou omissão.

O FCPA sofreu alterações em 1988 e 1998. Possui dois conjuntos distintos de disposições: o primeiro dispõe sobre o mecanismo antissuborno, e o segundo trata sobre regramentos contábeis. O FCPA se limita à corrupção ativa e se restringe ao suborno de agentes públicos estrangeiros e necessidade de manutenção de registros contábeis fidedignos. Cuida da responsabilidade civil e penal, tanto para pessoa jurídica, como para pessoa física. As multas são de até dois milhões de dólares, acrescidos de dano reputacional, na ordem de vinte e cinco milhões de dólares para violações contábeis para empresas. E de dez mil dólares acrescidos de prisão de 5 anos, e dano reputacional para pessoas físicas, não podendo tais valores serem pagos pela empresa em favor da pessoa física.

O FCPA exige como elemento o intuito de corromper (dolo), a falha no ato de evitar o suborno não é considerado como ato lesivo, e a existência de programas de integridade é levada em consideração pela Justiça.

A Lei 12.846/13 contempla atos lesivos à administração pública em seu artigo 5º, em cinco alíneas e seis letras, e a lei inglesa, de direito consuetudinário, define seis casos de crimes de suborno geral. O artigo 5º da lei brasileira define como atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira, aqueles lesivos ao patrimônio público, princípios da administração pública e compromissos internacionais: a alínea I (ato de corrupção ativa) se refere a oferecer, dar, quer diretamente quer indiretamente, vantagem ilegal a agente público ou outra pessoa relacionada a este.

3 A COMPARAÇÃO LEGISLATIVA TRÍPLICE

Estabelecidas nuances gerais passa-se ao comparativo artigo por artigo. Comparativamente ao *Bribery Act*, há correspondência, na lei brasileira, para com os casos 1 e 2 que tratam de subornar uma pessoa. Entretanto, na lei brasileira, considera-se que o agente público que recebe a vantagem ilegal, também pratica ato ilícito. Com o que se chegaria à correspondência aos casos de ser subornado, casos 3 a 6, e alínea I do artigo 5 da lei brasileira.

Também há correlação com o título 6 da *Bribery Act* de “suborno de funcionário públicos estrangeiros”, o qual consta do caput do artigo 5º da lei brasileira. Há correspondência da alínea I do artigo 5º da lei brasileira, no tocante ao benefício de “terceira pessoa a ele relacionado” para com o *Bribery Act*, no qual consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa”, item 5.

Nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida por P diretamente ou por meio de terceiro” onde se teria a correspondência “terceira pessoa”.

Nas hipóteses de 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no título “Ofensas de subornar outra pessoa, item 6, a, b, no qual consta “a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”. Neste caso (casos 3 a 6) a correspondência seria integral, guardando clara relação entre as legislações.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por empreendimentos nacionais, por emissores de valores imobiliários ou por quaisquer outras pessoas que não os acima citados. De dirigentes estrangeiros, partidos políticos, dirigentes de partidos políticos, candidatos a cargo político, ou qualquer pessoa (terceira pessoa), direta ou indiretamente, visando obter ajuda, seja para obter, manter ou direcionar negócios, garantir vantagem ilícita, deixando de praticar ato ou em violação de obrigação legal, induzindo, influenciando através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Desta forma, guardam correlação com a Lei brasileira e com a Lei inglesa, os constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”. Bem como do parágrafo 78dd-3, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”.

Estão correlacionados com o artigo 5, alínea I da lei brasileira, e referência com os casos 1 e 2 da Lei Inglesa *Bribery Act* de 2010, tão somente para as hipóteses de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5, aliena II, da lei brasileira, se refere a de forma comprovada, patrocinar, custear, financiar ou de qualquer modo, subvencionar atos ilícitos. Os atos ilícitos seriam a figura de financiamento ilegal, o que comparativamente ao *Bribery Act* possui correspondência para com os casos 1 e 2 que tratam de subornar uma pessoa. No entanto, na lei brasileira se interpreta que o agente público que recebe a vantagem ilegal, também pratica ato ilícito. Razão pela qual corresponde aos casos de ser subornado, isto é, casos 3 a 6.

Ressaltando que no *Bribery Act* consta, em todos os casos, “dar uma vantagem financeira ou outra vantagem”. Neste caso, equivale a patrocinar, custear e financiar atos ilícitos como consta da lei brasileira, portanto guardam correlação.

Igualmente, está correlacionado parcialmente ao caput do artigo 5, alínea II, com o Título 6 do *Bribery Act* de “Suborno de funcionário públicos estrangeiros”, 2, a, b, no qual o suborno é efetivado com a intenção de “reter ou obter negócio” por meio de “qualquer vantagem financeira ou outra”. O que equivale a patrocinar, custear, financiar ou de qualquer modo subvencionar atos ilícitos, constante da lei brasileira, com o que as legislações guardam correlação.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, relaciona-se com a lei brasileira e com a lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se referem a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como do parágrafo 78dd-3, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”; desta forma, guardam correlação para com o artigo 5, alínea II da lei brasileira, e guardam correlação com os casos 1 e 2 da *Bribery Act*, tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5, alínea III da lei brasileira, descreve a conduta de ocultar ou dissimular os reais interesses ou identidade dos beneficiários do ato ilícito, através de interposta pessoa, quer seja física ou jurídica, os atos ilícitos seriam a figura de ocultação de interesses ilícitos. O que comparativamente ao *Bribery Act* possui correspondência para com todos os casos de 1 a 6.

Estas hipóteses tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado, ressaltando que no *Bribery Act* consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa, item 5, “nos casos 1 e 2, não importando se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida diretamente ou por meio de terceiro”, em que haveria a correspondência de ocultar a identidade do beneficiário do ilícito, mas a dissimulação dos reais interesses estaria implícita em tal atitude.

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta “a) se R¹ solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”. Neste caso (casos 3 a 6), a correspondência seria integral, ocultar identidade e dissimulação de reais interesses, guardando correspondência entre as legislações.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por qualquer pessoa (terceira pessoa) direta ou indiretamente. Desta forma possui similaridade com a Lei brasileira e com a lei inglesa, os constantes do FCPA do parágrafo 78dd-3, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se referem a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”. São relativos para com o artigo 5, alínea III da lei brasileira, e guardam correlação com os casos 1 e 2 da *Bribery Act* tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

No artigo 5º, alínea IV, e letra “a”, da lei brasileira, cuida-se da prática de atos ilícitos em contratos e licitações; a letra “a”, alude a impedir o caráter competitivo licitatório por meio de fraude, ajuste, combinação, frustração ou qualquer outro expediente.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art.5º, alínea IV, letra “a”, posto que a lei brasileira se refere a atos praticados por empresas e empresários visando fraudar contratos e licitações, mas em ação direta entre estes, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

Tal observação não significa que não haja lei inglesa aplicável sobre o tema, como a *Fraud Act*, 2006. O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de

1 Esta formulação consta literalmente da redação original da Lei.

oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Razão pela qual não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de impedir o caráter competitivo licitatório. Da mesma forma a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5, alínea IV, "a", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com as demais legislações.

No artigo 5º, alínea IV, letra "b", da lei brasileira, atribui a qualquer ato de procedimento licitatório público: impedir, perturbar ou fraudar o ato ou procedimento. Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art. 5, alínea IV, letra "b", vez que se trata de atos realizados por empresas ou empresários, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função, ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O que não é possível de se afirmar que não haja lei inglesa aplicável sobre o tema, como a *Fraud Act*, 2006. O FCPA dispõe acerca dos atos de suborno praticados no exterior por meio de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Logo, não tem relação para com a lei brasileira, que trata de impedir perturbar ou fraudar o ato ou procedimento, da mesma forma que a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5, alínea IV, "b", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

No artigo 5, alínea IV, letra "c", da lei brasileira, há referência a se afastar ou procurar afastar licitante, por fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, visando vencer a licitação.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há correspondência entre o art.5, alínea IV, letra "c", posto que a lei brasileira se refere a atos praticados por empresas e empresários visando fraudar licitações. Conquanto há ação direta entre estes, sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função, ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O que não significa haver lacuna. Como a *Fraud Act*, 2006, o FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação. Destarte, não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de afastar ou procurar afastar licitante, por fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo, visando vencer a licitação. Da mesma forma a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5º, alínea IV, "c", consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º alínea IV, letra "d", da lei brasileira, se refere a fraudar licitação pública ou contrato decorrente da referida licitação. Ao analisarmos o *Bribery Act*, constata-se que não há correspondência entre o artigo 5º, alínea IV, letra "d", posto que a lei brasileira se refere a atos visando fraudar licitações ou contratos decorrentes da licitação, mas em ação direta destes, sem indicar nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos, ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de

doação, desta forma não guarda correlação para com a Lei brasileira, que trata de fraudar licitação pública ou contrato decorrente da referida licitação. Da mesma forma, a Lei inglesa não trata deste tópico, com o que, o artigo 5º, alínea IV, “d”, consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º, alínea IV, letra “e”, da lei brasileira, se refere a criação de pessoa jurídica de modo fraudulento ou irregular, para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo decorrente desta licitação. Ao examinarmos o *Bribery Act*, apura-se que não há correspondência entre o artigo 5º, alínea IV, letra “e”, posto que a lei brasileira atribui a atos praticados por empresas e empresários, visando fraudar licitações públicas e contratos administrativos decorrentes destas licitações, por meio de falsidade documental e até ideológica.

O FCPA prevê atos de suborno praticados no exterior quanto a oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de criação de pessoa jurídica de modo fraudulento ou irregular, para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo, decorrente desta licitação. Da mesma forma, a lei inglesa não trata deste tópico, com o que o artigo 5º, alínea IV, “e”, consta tão somente da legislação brasileira, não guardando correlação com a legislação inglesa ou americana.

O artigo 5º, alínea IV, letra “f”, da lei brasileira, se refere a obter de modo fraudulento prorrogações ou modificações de contratos com vantagens e benefícios indevidos e ilegais, seja no ato de convocação da licitação, seja nos contratos decorrentes destes. Nesta hipótese, se deflui que a empresa ou empresário, para obter sucesso nesse tipo de fraude, necessitará da intervenção de algum funcionário público, caso contrário seria impossível obter tais vantagens e benefícios. Portanto, com vantagem indevida (suborno) ao agente público, o que comparativamente ao *Bribery Act*, possui correspondência para com todos os casos de 1 e 6 que tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado.

Ressaltando que no *Bribery Act*, consta no título “Ofensas de subornar outra pessoa”, item 5, “nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida diretamente ou por meio de terceiro”.

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta “a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa”, neste caso (casos 3 a 6 da lei inglesa), a correspondência também existiria, condizente entre as legislações no tópico exclusivo de subornar ou/e ser subornado. O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior por meio de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação.

Desse modo, estão relacionados com a Lei brasileira e com a Lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se refere a “práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como no parágrafo 78dd-3, (1), (A), (B), (3), (A), (B), que se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”.

Desta forma, similares para com o artigo 5º, alínea IV, f, da lei brasileira, equiparam-se com os casos 1 e 2 da *Bribery Act*, unicamente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

O artigo 5º, alínea IV, g, da legislação brasileira, reporta a fraudar ou manipular o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. Neste caso, se deflui que a empresa ou empresário, para obter sucesso nesse tipo de fraude necessita da intervenção de algum funcionário público, caso contrário seria impossível obter a manipulação do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, portanto com vantagem indevida (suborno) ao agente público.

Comparativamente ao *Bribery Act*, há correspondência para com todos os casos de 1 a 6 que tratam de subornar uma pessoa, ou ser subornado, ressaltando que no *Bribery Act* consta no título "Ofensas de subornar outra pessoa", item 5, "nos casos 1 e 2, não importa se a vantagem é oferecida, prometida ou concedida por P diretamente ou por meio de terceiro".

Nos casos 3 a 6 da *Bribery Act* também há correlação no item 6, a, b, no qual consta "a) se R solicitar, concordar em receber ou aceitar a vantagem diretamente ou por meio de terceiros, b) se a vantagem é (ou deve ser) para o benefício de R ou outra pessoa", de modo que neste caso (casos 3 a 6 da lei inglesa) a correspondência também existiria, guardando correspondência entre as legislações, no tópico exclusivo de subornar ou/e ser subornado.

O FCPA contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma guarda correlação para com a legislação brasileira, que trata de fraudar ou manipular o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos celebrados com a administração pública e com a lei inglesa, os constantes do FCPA nos parágrafos 78dd-2, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se refere a "Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior". Assim como no parágrafo 78dd-3, (1),(A),(B),(3),(A),(B), que se referem a "Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais", desta forma guardando correlação para com o artigo 5, alínea IV, "g" da lei brasileira, e guardando correlação com os casos 1 e 2 da lei inglesa, apenas para casos de corrupção ativa e praticados no exterior.

No artigo 5º, alínea V, da lei brasileira, há referência a se dificultar fiscalização ou investigação de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em suas atuações, inclusive junto a agências reguladoras e órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Ao analisarmos o *Bribery Act*, observa-se que não há correspondência com o artigo 5º, alínea V, pois são atos ilícitos praticados em princípio sem nenhum suborno ou envolvimento de agentes públicos ou de pessoa que desempenha função ou atividade relevante como citado na legislação inglesa.

A lei americana contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação, desta forma não guarda correlação para com a lei brasileira, que trata de dificultar fiscalização ou investigação de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em suas atuações, inclusive junto a agências reguladoras e órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O artigo 5º alínea V, §1º da lei brasileira, se refere à administração pública estrangeira, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas estrangeiras de

qualquer nível ou esfera de governo, e pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público estrangeiro.

Ao observarmos o *Bribery Act*, verifica-se que não há equivalência. A Lei americana contempla atos de suborno praticados no exterior através de oferta de pagamento, promessa de pagamento, autorização de pagamento, doação, autorização de doação. Nesta hipótese, tem relação parcial para com a definição dada pela legislação brasileira do que seria a administração pública estrangeira, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas estrangeiras de qualquer nível ou esfera de governo, e pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público estrangeiro.

Na lei brasileira, os enquadramentos constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (h, B, i, ii), que trata de “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como do parágrafo 78dd-3, (f, 2, A, i, ii), que se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”, conformidade parcial, posto que a brasileira é mais abrangente, para com o artigo 5º, alínea V, parágrafo 1º, mas não possuem equivalência para com a lei inglesa, mas tão somente para casos de corrupção ativa praticados no exterior.

O artigo 5º, alínea V, §2º, do Brasil, se refere à equiparação da administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais. Observa-se no *Bribery Act* que há equivalência para com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 6, a, b, c, d, o qual definem organização pública internacional, cujos membros são de países e territórios, de governos de países e territórios de outras organizações internacionais públicas, ou uma mescla de todos os itens a, b, c.

O FCPA não equivalência para com a Legislação brasileira ou inglesa neste tópico específico, posto que não equipara a administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais. Desta forma, o artigo 5º, alínea V, parágrafo 2, da legislação brasileira, possui relação unicamente com a lei inglesa, para com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 6, a, b, c, d; sem que a legislação americana tenha conformidade com ambas.

O artigo 5º, alínea V, §3º, da lei brasileira, se refere a considerar agente público estrangeiro quem até de forma transitória, sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou organizações internacionais.

Examinando o *Bribery Act*, verifica-se que há correspondência com o título “Suborno de funcionários públicos estrangeiros”, item 5, a, b, i, ii, c, que define “funcionário público estrangeiro” com um indivíduo que (a) detêm posição executiva, legislativa ou judicial de qualquer tipo nomeado ou eleito, de um país ou território fora do Reino Unido que exerce função pública para e em nome do país ou território, ou qualquer órgão público, ou empresa pública, ou é um funcionário ou agente de uma organização pública internacional.

Existindo correspondência entre as legislações brasileira e inglesa. O FCPA possui relação parcial para com a definição dada pela legislação brasileira do que seria a considerar agente público estrangeiro quem, até de forma transitória, sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos estatais, ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas direta ou indiretamente, pelo

poder público de país estrangeiro ou organizações internacionais, constantes do FCPA dos parágrafos 78dd-2, (h, 2, A).

O FCPA se refere a “Práticas comerciais de empreendimentos nacionais proibidas no exterior”, bem como no parágrafo 78dd-3, (f, 2, A) se refere a “Práticas comerciais proibidas no exterior a outras pessoas que não são emissoras ou empreendimentos nacionais”. Assim, possui parcial comparação com a lei brasileira, posto que esta é mais abrangente. Sendo a legislação americana restrita a funcionário público ou em qualidade oficial para tal governo, enquanto a brasileira acolhe até mesmo quem exerça de forma transitória e sem remuneração cargo público.

Destarte, a lei americana possui relação parcial para com o artigo 5º, alínea V, parágrafo terceiro da lei brasileira e possui equiparação parcial também para com a lei inglesa, item 5, a, b, i, ii, c, tão somente para casos de corrupção ativa e praticados no exterior. Situando sinteticamente a análise relacional, segue um resumo comparativo:

Quadro sinótico

	Reino Unido	EUA	Brasil
Corrupção ativa	Caso 1	78dd-2, (1),(A),(B), (3),(A),(B) + 78dd-3, (1),(A),(B).(3),(A),(B), 78dd-2 (h, B, i, ii) + 78dd-3 (f,2,A,i,ii)* 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A)* Correlação parcial com Art.5, V, parágrafo 3 da Lei brasileira e também correlação parcial com 5, a, b, i, ii, c da UK	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III Art.5, IV, f Art.5,IV, g Art.5, V, parágrafo 1
	Caso 2	78dd-2, (1),(A),(B), (3),(A),(B) + 78dd-3, (1),(A),(B).(3),(A),(B), 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A) 78dd-2 (h, 2, A) + 78dd3- (f, 2, A)* Correlação parcial com Art.5, V, parágrafo 3 da Lei brasileira e também correlação parcial com 5, a, b, i, ii, c da UK	Art.5, I Art.5, II Art.5, III Art.5, IV, f Art.5, IV, g
Corrupção	Caso 3		Art.5, I Art.5,II Art.5,III*correlação também com UK , 6,a,b Art.5, IV, f Art.5, IV, g

passiva	Caso 4	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação igualmente com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g
	Caso 5	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação também com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g Art.5, V, parágrafo 3* correlação com 5, a, b, i, ii, c da UK
	Caso 6	Art.5, I. Art.5, II Art.5, III*correlação também com UK, 6, a, b Art.5, IV, f Art.5, IV, g Art.5, V, parágrafo 2* correlação 6.a.b.c.d, da UK

Fonte: elaboração primeira autora, 2021.

Nas comparações, tanto a lei inglesa quanto a Lei americana tratam de suborno, o qual é um subtipo da corrupção. A lei brasileira trata de atos ilícitos e, apesar de ser conhecida como lei anticorrupção, em seu texto não há a palavra corrupção, como seu objeto. A lei inglesa e a lei americana tratam da parte civil e penal quanto a suas penas respectivamente, enquanto a brasileira trata somente da parte civil e administrativa.

A lei inglesa apresenta, o que no Brasil seria considerado como uma excludente de culpabilidade, que seria a possibilidade de prática de suborno pelas forças armadas e pelo setor de inteligência em determinadas condições. Neste ponto, não há similaridade com a legislação brasileira. A lei brasileira apresenta a possibilidade de acordo de leniência e composição com ressarcimentos, com capacidade de redução das sanções judiciais e administrativas, possibilidade de acolhimento de desconsideração da pessoa jurídica privada, adentrando em bens dos sócios.

A *Bribery Act*, a lei brasileira 12.846/13 e o FCPA possuem, em comum, a preocupação com os mecanismos efetivos de autocontrole, nas empresas, contra a corrupção (suborno e atos ilícitos). No caso brasileiro seguiram a Lei 13.303 de 30.06.2016, Lei das Estatais a qual determina às empresas públicas, subsidiárias e empresas de economia mista que sigam o dever de transparência, integridade e controles internos, bem como o Decreto 8.420/15 que regulamenta a lei brasileira 12.846/13.

Na lei 12.846/13, em seu artigo 7º, VIII, na hipótese da aplicação das penas quanto a dosimetria, será considerada a existência de programas de compliance, o que se revela um estímulo às empresas em desenvolvê-los internamente, até mesmo para que atos ilícitos sejam desestimulados e não ocorram.

Para tanto, foi criado o CNEP (Cadastro Nacional de Empresa Punidas), que dará publicidade às sanções aplicadas a empresas e o CEIS (Cadastro Nacional de Empresa

Inidôneas e Suspensas), que dará publicidade e terá as informações atualizadas pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, visando ambos a que novos atos lesivos não ocorram por parte destas empresas.

Isto posto, o futuro das empresas que possuem negócios com o Estado e também o futuro das empresas estatais, vão se nortear tanto no Reino Unido como no Brasil, pela necessidade de as empresas privadas e públicas desenvolverem mecanismos de autocontrole contra a corrupção, o que é denominado de compliance.

4 COMPLIANCE E O FUTURO DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENTRE O ESTADO E AS EMPRESAS PRIVADAS

O compliance tem a sua origem no verbo inglês *to comply*, que seria agir de acordo, se adequar, quer interna quer externamente, às normas da empresa e normas legais, por meio de uma autovigilância, autorregulamentação com adoção de normas de condutas.

Objetivando a criação de uma cultura de respeito à ética e à legalidade, notadamente pela alta administração, para fins de prevenir infrações ou ilícitos, e não mais permitir que ocorram. E uma vez verificadas, sejam reparadas com o retorno ao cenário da legalidade, ressaltando que o compliance se aplica às diversas áreas como ambiental, trabalhista, tributária, criminal, agronegócio e outras. Neste sentido, para Lamboy, Risegato e Coimbra (2018, p.78),

O termo “*compliance*” vem do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar, concordar, adequar-se, satisfazer o que lhe foi imposto. Compliance é o dever de cumprir e estar em conformidade com diretrizes estabelecidas na legislação, normas e procedimentos determinados, interna e externamente, para uma empresa, de forma a mitigar riscos relacionados a reputação e a aspectos regulatórios.

Os programas de compliance são distintos de empresa para empresa e exigem diversos requisitos, para que sejam aplicados e tenham efetivo resultado, tais como treinamento, atualização, comprometimento da alta administração, imposição de direitos e deveres para empregados e colaboradores e de sanções e penalidades inerentes ao seu descumprimento.

A implementação e manutenção de programas de compliance exigem investimentos e se justificam, diante da possibilidade de redução da pena (dosimetria da pena) na prática de atos ilícitos indicados na lei 12.846/13, em seu art.7º, VIII, bem como na regulamentação dada pelo Decreto 8.420/15, em seu art. 41 e seguintes. A lei brasileira adotou a tese da responsabilização por fato de terceiro. Portanto a existência de compliance na empresa serve como atenuante na dosimetria da pena, mas não implica na exclusão da condenação da pessoa jurídica.

O programa de compliance deve também atuar no relacionamento da empresa para com terceiros, parceiros e intermediários, posto que a legislação brasileira prevê a responsabilização objetiva da empresa. Neste sentido, Rocha Junior e Gizzi (2018, p.148), se posicionam:

Como já comentamos, a Lei Anticorrupção Brasileira, prevê a responsabilização objetiva da pessoa jurídica para os casos de corrupção. Logo, de nada adianta a empresa tomar todos os cuidados necessários no âmbito interno para evitar a prática de atos ilícitos se não fizer o mesmo também em relação aos parceiros comerciais, tendo em vista que, para os delitos que qualquer agente terceiro praticar em benefício da empresa contratante, a responsabilização também recairá sobre a organização.

Neste sentido, a aplicação da *due diligence* periodicamente se faz necessária, sendo que nesta serão levantadas todas as informações da empresa a ser contratada, como por exemplo no banco de dados da Controladoria Geral da União. Verificando se esta empresa já foi penalizada por atos de corrupção, devem ser identificados os riscos de contratação, bem como a implantação de auditorias.

Por fim, os dados e informações obtidos na *due diligence* devem ser arquivados por 5 anos após a finalização da contratação, para fins de se comprovar que o programa de *compliance* foi efetivo. Logo, a *due diligence* oferece as ferramentas necessárias para a empresa contratante de terceiros, verificar, de forma prévia, a sua conveniência e legalidade. Ressaltando que o mesmo se faz necessário em casos de fusão, incorporação, aquisição de empresas.

Neste sentido, Rocha Júnior e Gizzi (2018, p.151), alertam que a diligência: "permite à contratante o acesso às informações sobre a reputação do eventual parceiro a ser contratado, possibilitando uma análise objetiva dos riscos existentes antes de optar ou não pela contratação".

Ressaltamos que no cotidiano das empresas a estrutura do *compliance*, trata mais das questões internas que são expressivas, tais como apropriação de ativos físicos, furto de informações, fraude financeira interna, e que se traduzem em prejuízos as empresas, visando o *compliance* a identificação e redução de tais danos e alterações dos procedimentos para que não mais ocorram. O conceito de *compliance* passou a constar e ser utilizado pelo Poder Judiciário em vários julgados, gerando jurisprudências relevantes.

Em julgamento recente bem se demonstra como a cultura de uma empresa envolvida em inúmeros atos ilícitos pode ser modificada e ser reconhecido tal fato pelo Poder Judiciário. Para fins de conceder habeas corpus ao paciente, no ROHC 120261/SP, a implementação de rigoroso sistema de *compliance* na empresa foi levada em conta, com a sensível diminuição do risco de que novos atos ilícitos ocorressem, além do pagamento de danos. Neste sentido:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. INSIDER TRADING. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROIBIÇÃO DE EXERCER CARGO OU FUNÇÃO NAS EMPRESAS INVESTIGADAS. REQUISITOS CAUTELARES. NOVO QUADRO FÁTICO. ENFRAQUECIMENTO DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE UMA DAS CAUTELARES. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. ...

7. Segundo a defesa, além da implementação de um rigoroso sistema de *compliance* nas empresas do grupo J&F, houve a estruturação das equipes que atuam nesta área, com uma evolução visível na contratação de colaboradores, que faz parte do aprimoramento e da evolução dos programas de conformidade das empresas do grupo. Sob o prisma da necessidade de se impedir a reiteração na prática delitiva, portanto, observa-se que houve sensível modificação dos fatos desde a análise do HC n. 422.113/SP. Se naquela oportunidade tal risco já não era tão acentuado, a ponto de permitir a infligência de medidas alternativas à prisão, agora houve um enfraquecimento substancial de que o recorrente venha praticar

novos delitos com a utilização das empresas.” (ROHC 120261/SP, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, T6, em 26/05/20, DJe publicado em 05/06/20 DJe. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em : 29/11/2020)

A legislação e as práticas mais avançadas de compliance são as da Alemanha, país no qual a implantação da compliance nas empresas privadas que possuem negócios com o Estado, deixou de ser uma orientação ou sugestão, passando a uma imposição legal, com penalidade de multa de até um milhão de euros pela sua não implementação.

No mais, auditorias são feitas para se verificar se os programas de compliance são efetivos, permitindo até mesmo que estes sejam corrigidos e alterados a tempo de se evitar atos ilícitos. Nos termos do art.130, da Lei das Infrações Administrativas (Ordnungswidrigkeitengesetz)¹:

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)

§ 130

(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

(2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Ist die Pflichtverletzung mit Geldbuße bedroht, so bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße wegen der Aufsichtspflichtverletzung nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Satz 3 gilt auch im Falle einer Pflichtverletzung, die gleichzeitig mit Strafe und Geldbuße bedroht ist, wenn das für die Pflichtverletzung angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.

Por fim é importante expor os desafios que os programas de compliance enfrentam, sendo que o maior de todos é a internalização dos pilares do compliance na

¹ Tradução da primeira Autora: “Lei de Infrações Administrativas (OWiG)

(1) Qualquer pessoa que, como proprietária de uma empresa ou empresa, intencionalmente ou negligentemente não tomar as medidas de supervisão necessárias para evitar infrações de obrigações no estabelecimento ou empreendimento que afete o titular e cuja infração seja punível com multa ou multa, agirá ilegalmente quando tal infração for cometida, o que teria sido evitado ou substancialmente dificultado pela supervisão adequada. As medidas de fiscalização necessárias incluem a nomeação, seleção cuidadosa e acompanhamento dos supervisores.

(2) O compromisso ou compromisso público referido no nº 1 também será o empreendimento.

(3) Se a violação do dever for punida com uma penalidade, a infração pode ser punida com uma multa de até 1 milhão de euros. A seção 30 (2) sentença 3 será aplicada. Quando a infração do dever for ameaçada com multa, o valor máximo da multa por descumprimento do dever de fiscalização será determinado pelo valor máximo da multa ameaçada por descumprimento do dever. A terceira sentença também se aplicará em caso de descumprimento de dever, que seja punido com pena e multa ao mesmo tempo se o valor máximo da multa ameaçada por descumprimento do dever exceder o valor máximo estabelecido na primeira sentença.¹

cultura da empresa a qual será redefinida, tendo em vista que a compliance é um conjunto de regras e ações de adequação as normas legais e a ética em geral.

Entretanto, inúmeros outros desafios existem em sua implementação e gestão, tais como os de não serem tão somente programas formais e que não geram quaisquer resultados. Outro problema é a tendência de a administração empresarial responsabilizar o *compliance officer*, o qual teria uma posição de garantidor de que uma vez implantado o programa de compliance, este impediria a violação as normas legais e a ética.

Um dos problemas mais graves dos programas de compliance é a utilização de auditorias e regulamentos internos demasiadamente agressivos, permitindo a violação a direitos fundamentais dos funcionários, como a privacidade e até mesmo com questionamentos e interrogatórios que levem a autoincriminação.

Devendo ser reforçado que a posição de subordinação do funcionário referente ao emprego não pode limitar ou reduzir os seus direitos garantidos pela Constituição Federal. Neste sentido, Frazão e Cueva (2020, p.61):

A despeito de suas óbvias vantagens, os programas de compliance também podem representar perigos para a empresa, seja porque fundados em premissas falsas, seja porque mal executados. Assim, pode ocorrer o agravamento das sanções quando os programas tenham sido mal concebidos ou mal implementados. Um programa de fachada, que não preencha os requisitos mínimos ou que os preencha apenas formalmente, pode de fato resultar em penalidades maiores do que aquelas que seriam aplicáveis em sua ausência.

Portanto, necessário se fazem auditorias externas visando análises sobre o programa de compliance, sua aplicação e assimilação no dia a dia por parte de todos os funcionários e colaboradores.

5 A FIGURA DO *COMPLIANCE OFFICER* E A POSSIBILIDADE DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A prevenção de crimes econômicos, suborno e corrupção por parte das empresas levou a necessidade de criação de programas de compliance para fins de prevenção, fiscalização, gestão de risco e respostas adequadas caso ocorram.

O programa de compliance enseja o treinamento e análise de riscos de forma periódica e comunicação dos funcionários da empresa em sua totalidade, criando canais para que sejam informados possíveis ilícitos, para dirimir dúvidas. Devendo ser revisado, e caso necessário alterado periodicamente, contando com código de ética, padrões de conduta, aplicáveis caso necessário a terceiros, com registros contábeis fidedignos, objetivando detectar irregularidades e atos ilícitos.

Necessário é que o *compliance officer* tenha independência, autoridade e estrutura para a aplicação e fiscalização do programa de integridade, o qual deve ser efetivo. Para tanto, é crucial o total e irrestrito comprometimento da alta direção, sem o qual, o programa de compliance perde até mesmo a sua razão de existir, passando a ser um mero programa de fachada, sem efetividade alguma.

Nesse contexto é que se questiona se o *compliance officer*, função esta que até mesmo pode ser exercida por um comitê interno, por consultoria externa, ou por um grupo de pessoas. Ao exercer uma função que possui natureza de interesse público, agindo como conselheiro, auditor interno e fiscalizador das atividades da empresa, pode ser responsabilizado ou não, criminalmente.

A legislação brasileira, por meio do art.42, inciso IX, do Decreto 8.420/15, indicou a pessoa responsável pela aplicação do programa de compliance, no caso o responsável pela aplicação do programa de "integridade". No entanto, a legislação brasileira quer penal ou civil, não indica qual seria a responsabilidade do Compliance Officer.

Portanto, o contrato entre o *compliance officer* e a empresa é importante, posto que nele serão delimitados as suas funções, poderes e atribuições assumidas perante a empresa. De qualquer forma, é muito difícil se delimitar uma relação entre a conduta deste e o resultado lesivo, posto que o *compliance officer* não teria a posição de garante, inexistindo tipo penal específico para incriminar o Compliance Officer.

A doutrina não é unânime, há autores que afirmam que no caso de omissão imprópria, quando uma omissão dolosa inicial dá causa ao resultado que o Compliance Officer possuía o conhecimento e o dever de ter evitado, há a responsabilidade. Neste sentido Lobato e Martins (2016) afirmam:

por exemplo, se o compliance officer não vigiar o cumprimento do seu programa e, em razão dessa falha, os crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação pudessem ser evitados. Em contrapartida, se o compliance officer identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas.

Ao refletirmos acerca a responsabilidade do compliance officer, verificamos que até mesmo as suas atribuições não foram devidamente delimitadas, portanto o dever é de meio e não de fim, para que não se penalize criminalmente o compliance officer por algo que não fez. Neste sentido, afirmam Guimarães, Heemstede, Oliveira (2020, p.532-533):

Desta forma entendemos que para a responsabilização do compliance officer é necessário, no mínimo que se vislumbre vantagem por ele auferida, como, por exemplo, no caso de uma omissão dolosa; pois, caso contrário, seria o caso de responsabilização penal objetiva, inadmissível no Direito Penal moderno. Assim o dolo seria elemento necessário para qualquer responsabilização do compliance officer. [...] De mesma forma, necessária uma elaboração de lei específica para esclarecer os deveres jurídicos do compliance officer, o que ainda não existe na legislação brasileira. Do contrário, sem uma definição clara, há a tendência punitivista clássica da Justiça Criminal brasileira.

Pelo exposto, conclui-se que a reponsabilidade criminal do Compliance Officer não foi ainda estabelecida em lei, sendo importante a existência do dolo¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470/MG, 2013.

Efetivada análise comparativa dos crimes constantes do Bribery Act de 2010, da Lei americana Foreign Corrupt Act de 1977 e da lei brasileira 12.846/13 anticorrupção, verificou-se que guardam correlação em vários pontos, visando a inglesa e a americana o combate ao suborno que é um subtipo da corrupção e a brasileira o combate a atos ilícitos. A inglesa e a americana possuem em seu corpo a estipulação de penas por crimes, já a brasileira somente define e pune administrativamente e civilmente, deixando a parte penal para a legislação correlata, já existente.

Outro ponto convergente das legislações é a orientação das empresas quanto à implantação de programas de compliance. Sendo que no caso brasileiro, a sua existência pode até mesmo permitir a redução da pena em caso de condenação. Ao examinarmos o compliance, observamos as dificuldades de sua implementação, com a redefinição da cultura da empresa e outras dificuldades, tais como custos, a necessidade treinamentos e atualizações constantes.

A conclusão é de que o compliance está e estará presente nas relações entre empresas privadas e o Estado, redefinindo a cultura das empresas, permitindo uma maior transparência, e controle de todos os atos.

E por fim, recordando dos ensinamentos de Norberto Bobbio (1986, p.4), que “pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público”, nada mais importante que a publicidade e a transparência, que é o que o compliance cuida de redefinir na cultura das empresas, o que nos faz vislumbrar um futuro de combate a corrupção, sendo o compliance importante ferramenta no cotidiano nas empresas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia, uma defesa das regras do jogo*. 6ed. Rio de Janeiro, RJ, Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Decreto 8.240 de 18/03/2015*, regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 30/12/2020.

BRASIL. *Lei 12.846 de 1 de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 30/12/2020.

BRASIL. *Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 30/12/2020.

CUEVA, Ricardo V. B., FRAZÃO, Ana. *Compliance perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUEVA, Ricardo V. B., FRAZÃO, Ana. *Compliance perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DEUTSCHLAND, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 19/02/97, das zuletzt durch *Artikel 185 der Verordnung vom 19. Juni 2020* (BGBl. I S. 1328). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/BJNR004810968.html#BJNR004810968BJNG000011309. Acesso em: 10 dez. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/80562971.pdf> . Acesso em: 23/11/2020.

GUIMARÃES, César C., HEEMSTEDÉ, Fernanda T., OLIVEIRA, Rubens de. O Compliance Officer e sua responsabilização na esfera criminal. In: *Manual de Compliance*. André Castro Carvalho *et al* (Coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LAMBOY, Christian K., RISEGATO, Giulia Pappalardo, COIMBRA, Marcelo A. *Manual de Compliance*, Christian Karl de Lamboy (Coord.). 1 ed. São Paulo: Via Ética, 2018.

LOBATO, José Danilo T., MARTINS, Jorge W. G. Considerações preliminares acerca da responsabilidade criminal do compliance officer. *Boletim IBCCRIM*, v.24, n. 284, São Paulo, 2016.

REINO UNIDO. *Bribery Act, 2010*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em 01/11/2020.

ROCHA JUNIOR, Francisco A. R. M., GIZZI, Guilherme Frederico Tobias de Bueno. *Fraudes corporativas e programas de compliance*. 1 ed. Curitiba: Intersaberes, 2018.