

Marcelo Zenkner

Prefácio

Fábio Medina Osório

Apresentação

Instituto IGIDO

INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL E EMPRESARIAL

Um espectro da repressão e da prevenção
à corrupção no Brasil e em Portugal

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2019

PREFÁCIO	
Fábio Medina Osório	17
APRESENTAÇÃO.....	21
INTRODUÇÃO	23
CAPÍTULO I	
A BUSCA DE UM CONCEITO DE INTEGRIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ÉTICA, A MORALIDADE E A CORRUPÇÃO	29
1 Relações humanas, valores e condutas.....	29
1.1 Notas introdutórias	29
1.2 Breves noções de ética, moralidade e integridade	30
1.2.1 Ética	31
1.2.2 Moralidade	41
1.2.3 Integridade	46
2 A corrupção e seus reflexos na sociedade contemporânea	56
2.1 A corrupção e seu histórico entrelaçamento Brasil-Portugal	56
2.2 O “jeitinho brasileiro” e a Teoria das Janelas Quebradas (<i>The Broken Windows Theory</i>).....	67
2.3 O desafio de conceituar “corrupção”	71
2.4 A relação direta entre corrupção, direitos fundamentais e direitos humanos	79
2.4.1 Classificação dos direitos fundamentais	79
2.4.2 A corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais.....	85
2.4.3 O direito de viver em um ambiente livre de corrupção como direito fundamental da pessoa humana	87
CAPÍTULO II	
O CONTROLE DA CORRUPÇÃO <i>LATO SENSU</i>	93
1 Principais convenções internacionais	93
1.1 Noções gerais.....	93
1.2 Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (1997).....	97
1.3 Convenção da ONU contra a Corrupção (2003).....	101
1.4 Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (1996).....	105
1.5 Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (1999).....	109
2 Tipologia penal da corrupção	111
2.1 A legislação penal brasileira	112
2.1.1 Crimes previstos no Código Penal	112
2.1.2 Corrupção ativa e passiva na legislação penal extravagante	119
2.1.3 Principais crimes tipificados na Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos	120
2.1.4 Crimes de responsabilidade contra a probidade na administração e contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos	125
2.2 A legislação penal portuguesa.....	128
2.2.1 Crimes cometidos no exercício de funções públicas tipificados no Código Penal .	128
2.2.2 Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos – Lei nº 34/1987	134
2.2.3 Crimes de corrupção no setor privado introduzidos pela Lei nº 20/2008	136
2.2.4 Crimes de corrupção nos desportos – Lei nº 50/2007	139
2.3 Implementação da Convenção da OCDE nos sistemas penais brasileiro e português.....	141
2.3.1 Alterações introduzidas pela Lei nº 10.467/2002 no Brasil	141
2.3.2 Alterações introduzidas pela Lei nº 20/2008 em Portugal	145
3 Tipologia não penal da corrupção no Brasil	148
3.1 Atos ilícitos da Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa).....	148

3.2	Atos ilícitos da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).....	158
3.3	Atos ilícitos da Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).....	164
3.4	Atos ilícitos da Lei Federal nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses).....	167
3.5	Atos lesivos da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas).....	173
3.6	Atos ilícitos da Lei Federal nº 13.019/2014 (Marco Regulatório do Terceiro Setor)	192
3.7	Atos ilícitos da Lei Federal nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais).....	193
4	O microsistema brasileiro de prevenção e combate à corrupção.....	197
5	Prevenção, repressão e punição à corrupção.....	202
5.1	Oportunidade, impunidade e corrupção.....	202
5.2	Propostas de alterações e acréscimos à legislação anticorrupção em vigor.....	211
5.2.1	Tipificação da corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro.....	212
5.2.2	Regulação da proteção aos “whistleblowers”: como equilibrar os incentivos aos denunciadores com o aumento do número de denúncias.....	214
5.2.3	Tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito em Portugal.....	217
5.2.4	Principais diretivas anticorrupção da União Europeia.....	219
5.3	Práticas mundiais exitosas de implementação de políticas públicas de combate à corrupção.....	222

CAPÍTULO III

	INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL.....	229
1	Significado de integridade governamental.....	229
1.1	Evolução e desenvolvimento do Estado moderno: formas contemporâneas de governo, gestão ética e corrupção.....	229
1.2	O direito fundamental a uma “boa administração”.....	240
1.3	A importância da transparência e do acesso às informações de interesse público para a integridade governamental.....	246
1.4	Sistemas de integridade pública.....	255
1.4.1	Noções gerais.....	255
1.4.2	Sistemas de integridade pública em Portugal e no Brasil.....	257
2	Efeitos diretos e indiretos da corrupção na Administração Pública.....	260
2.1	A deslegitimação do governo pela corrupção.....	260
2.2	Contratações fraudulentas e ineficiência administrativa.....	266
2.2.1	Desperdício de recursos públicos.....	266
2.2.2	Baixa qualidade das obras e dos serviços públicos.....	270
2.2.3	Desvio e desperdício de verbas pela simulação ou aplicação de recursos públicos em áreas não prioritárias.....	274
2.3	Entrave ao crescimento econômico e afastamento de investimentos externos.....	278
2.4	Excesso de regulação.....	281
3	Controle administrativo dos atos do poder público.....	285
3.1	Controle interno.....	285
3.1.1	Introdução.....	285
3.1.2	Controle interno no Brasil.....	288
3.1.3	Controle interno em Portugal.....	294
3.1.4	O controle da evolução patrimonial de agentes públicos.....	296
3.1.5	O controle das incompatibilidades e do conflito de interesses.....	300
3.2	Controle externo.....	303
3.2.1	O controle externo pela atividade parlamentar.....	303
3.2.2	O controle externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas.....	305
3.2.3	Agências ou Comissões Independentes Anticorrupção.....	309
4	Controle da Administração Pública pelo Ministério Público e pela sociedade civil.....	312
4.1	O papel do Ministério Público no combate à corrupção.....	312
4.2	A importância do controle social e da participação popular na Administração Pública.....	319

4.2.1	Notas introdutórias	319
4.2.2	Participação popular na política orçamentária	325
4.2.3	Princípios informadores da participação pública	328
4.2.4	O controle pela via da ação popular	332

CAPÍTULO IV

INTEGRIDADE EMPRESARIAL.....	337
1 A contaminação dos negócios pela corrupção: fonte de lucros ou de prejuízos para as empresas?	337
1.1 “Teoria dos Jogos” e corrupção	337
1.2 O FCPA norte-americano.....	342
1.3 O Memorando Yates e sua repercussão.....	346
1.4 Lei Sarbanes-Oxley	348
1.5 Origens da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1997).....	350
1.6 Modelos empresariais de enfrentamento a práticas corruptas	351
1.6.1 Generalidades.....	351
1.6.2 Enfrentamento da corrupção no plano individual – a “Teoria do Agente-principal”	353
1.6.3 Enfrentamento da corrupção no plano colectivo – a “Teoria da Ação Coletiva” (<i>Collective Action</i>).....	354
1.7 Importância e modalidades de ações coletivas na promoção da integridade empresarial	358
1.7.1 Declarações anticorrupção	359
1.7.2 Iniciativas baseadas em princípios.....	360
1.7.3 Certificações de compromissos empresariais	361
1.7.4 Pactos de integridade (cláusulas anticorrupção)	362
2 Governança corporativa e estruturação de um mecanismo eficiente de controle empresarial	364
2.1 O gerenciamento da integridade empresarial.....	364
2.2 Mecanismos de compliance	369
2.2.1 Noções gerais, objetivos, vantagens e procedimentos específicos	369
2.2.2 Os dez elementos fundamentais de um mecanismo de <i>compliance</i>	373
2.2.3 O papel do conselho de administração no ambiente de <i>compliance</i> organizacional	386
2.3 Estruturação e benefícios decorrentes de um sistema de <i>compliance</i> efetivo	387
2.3.1 Legislação em vigor aplicável no Brasil	388
2.3.2 Legislação em vigor aplicável em Portugal	391
2.3.3 A busca de uma padronização internacional para a estruturação de sistemas de <i>compliance</i> (integridade)	394
2.3.4 Incentivos à implementação de mecanismos de <i>compliance</i> em perspectiva	396
2.4 Mecanismos de integridade	396
2.4.1 Eficiência, eficácia e efetividade do controle das atividades das pessoas jurídicas	396
2.4.2 A cultura de integridade das pessoas jurídicas.....	398
2.4.3 Elementos básicos de um mecanismo de integridade.....	403
2.5 A teoria da cegueira deliberada (<i>willful blindness doctrine</i>) e a responsabilidade penal do <i>compliance officer</i> e de outros profissionais de controle empresarial	410
3 A responsabilização das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico português....	416
3.1 Modificações do Código Penal Português derivadas da Convenção da OCDE.....	416
3.2 Responsabilidade decorrente da comissão do fato no interesse da pessoa jurídica	417
4 A responsabilização das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro	419
4.1 Origem e embasamento constitucional da Lei nº 12.846/2013	419
4.2 Sujeitos ativos e passivos.....	425
4.3 O regime jurídico de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas	428
4.4 Respeito ao princípio <i>non bis in idem</i>	434
4.4.1 No plano interno.....	434
4.4.2 No plano externo	439
4.5 Sanções administrativas e judiciais.....	441

4.5.1	Sanções administrativas.....	441
4.5.2	Sanções judiciais	444
4.6	Reparação integral do dano	448
4.7	Prescrição	448
5	O sistema processual brasileiro de aplicação de sanções a pessoas jurídicas.....	450
5.1	O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).....	450
5.1.1	Noções gerais.....	450
5.1.2	Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR.....	452
5.1.3	Análise jurídica prévia à decisão.....	455
5.1.4	Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão.....	456
5.1.5	Recurso administrativo.....	457
5.1.6	Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI).....	458
5.2	Acordo de leniência.....	459
5.2.1	Origens, conceito e objetivos do acordo de leniência.....	459
5.2.2	A colaboração premiada, o acordo de leniência da Lei do CADE e o termo de ajustamento de conduta	463
5.2.3	Requisitos e garantias para a celebração do acordo de leniência da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas	465
5.2.4	Benefícios, riscos e desvantagens do acordo de leniência	469
5.2.5	Legitimação para celebrar o acordo de leniência.....	471
5.2.6	Importância da participação do Ministério Público nos acordos de leniência.....	474
5.2.7	Efeitos do descumprimento do acordo de leniência	475
5.2.8	Novos rumos do acordo de leniência – o PLS nº 105/2015 e o PL nº 3.636/2015	475
5.3	Responsabilização das pessoas jurídicas pela via judicial.....	476
5.3.1	O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo.....	476
5.3.2	O microsistema legislativo brasileiro de tutela coletiva.....	478
5.3.3	Ação coletiva de responsabilização da pessoa jurídica e sua legitimação ativa.....	480
5.3.4	Competência territorial.....	482
5.3.5	Tutelas de urgência admissíveis	484
5.3.6	Responsabilização de agente público e de pessoa jurídica pelo mesmo fato ou por fatos conexos no mesmo processo.....	488
5.3.7	Sentença do processo coletivo de responsabilização da pessoa jurídica.....	490
5.3.8	Regime diferenciado da coisa julgada	494
	CONCLUSÃO.....	497
	REFERÊNCIAS.....	503