

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rafael Rott de Campos Velho

ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO: IMPACTOS
SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

Porto Alegre/RS
2019

RAFAEL ROTT DE CAMPOS VELHO

**ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO: IMPACTOS
SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Costa Morosini

Porto Alegre/RS

2019

CIP - Catalogação na Publicação

Campos Velho, Rafael Rott de
Ordens Jurídicas Transnacionais anticorrupção:
impactos sobre a responsabilização da pessoa jurídica
no Brasil / Rafael Rott de Campos Velho. -- 2019.
225 f.
Orientador: Fábio Costa Morosini.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Ordens Jurídicas Transnacionais. 2. Corrupção.
3. Responsabilização da Pessoa Jurídica. I. Morosini,
Fábio Costa, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), notadamente à Faculdade de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito, instituição que me acolheu durante três anos, possibilitando a realização e conclusão da presente pesquisa em um momento de expressivo aprimoramento acadêmico e profissional.

Ao Prof. Fábio Costa Morosini que, por meio de uma orientação firme e segura, permitiu o desenvolvimento e conclusão da pesquisa resultando na presente tese. Foram diversos momentos, incluindo desvios de planos iniciais, sem que houvesse perda de confiança na conclusão dos trabalhos.

Aos Professores que participaram da banca de qualificação, Fabrício Bertini Pasquot Polido, Luciano Vaz Ferreira e Rafael Da Cas Maffini que, em um momento bastante importante, foram fundamentais para os rumos finais que a pesquisa tomou.

Aos Professores que participaram da banca final, Jânia Maria Lopes Saldanha, minha orientadora durante a iniciação científica e responsável por meus primeiros passos no mundo acadêmico do direito, Luciano Vaz Ferreira, Martha Lucía Olivar Jimenez e Rafael Da Cas Maffini, que contribuíram de forma bastante propositiva com o estudo, instigando inclusive futuros desdobramentos da pesquisa.

Aos demais Professores do PPGD/UFRGS, assim como colegas, que me propiciaram diversos e importantes momentos de debates acadêmicos.

Aos servidores da Secretaria do PPGD/UFRGS, responsáveis por todos os trâmites burocráticos, igualmente indispensáveis para a conclusão da presente tese.

Aos colegas da AGU, especialmente aos integrantes da Coordenação Regional de Atuação Proativa (COAPRO), que suportaram carga extra de trabalho durante meu afastamento para conclusão do presente estudo.

Não posso deixar de referir que a minha mãe e a Janine testemunharam de forma bastante direta meu “sofrimento” para terminar o presente estudo, o que causou momentos de isolamento necessários à conclusão dos trabalhos. Cientes de que alguns momentos foram bastante complicados e estressantes para mim, deram todo o suporte para que eu pudesse concluir os trabalhos com a dedicação necessária. Agradeço também ao meu pai e meus demais familiares e amigos que me apoiaram.

Por fim, agradeço a Deus.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é verificar se as ordens jurídicas transnacionais voltadas ao combate à corrupção impactam o ordenamento jurídico brasileiro no que tange à responsabilização da pessoa jurídica. A presente pesquisa possui importância acadêmica, pois parte de premissas teóricas originais, com foco na relação entre ordens jurídicas transnacionais e o ordenamento jurídico brasileiro. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, partindo-se da premissa teórica abstrata de que existe uma interferência global na legislação local, procurando dados empíricos que comprovem essa tese. A pesquisa apontou que é possível encontrar essa interferência, notadamente no que concerne à influência da Convenção contra o Suborno Internacional, patrocinada pela OCDE, em relação à adoção da Lei nº 12.846/2013. As demais ordens anticorrupção de que o Brasil faz parte possuem impactos menos diretos. No entanto, essa influência é limitada, pois o país, ao regulamentar a matéria, adotou estratégias de regulação oriundas de sua tradição jurídica, como a responsabilização administrativa. Dentro dessa perspectiva, tem-se que essa ação é positiva, pois o país passou a responsabilizar pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública, nacional e estrangeira, bem como manteve-se fiel à sua prática jurídica, evitando inovações polêmicas e desnecessárias. Ao final, são expostas algumas contribuições visando à otimização da regulação da matéria no âmbito nacional.

Palavras-Chave: Ordens Jurídicas Transnacionais. Corrupção. Responsabilização da Pessoa Jurídica. Impactos no Brasil.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze if transnational legal orders against corruption impact on the Brazilian legal system, regarding the liability of the legal persons. This research has an original approach based on a theoretical model, focusing on the relationship between transnational legal orders and the Brazilian legal system, a fact that shows its importance. The research relies on the deductive method, starting from the abstract theoretical premise that there is a global influence in the local legislation, looking for empirical data that prove this thesis. The study showed that this interference can be found, notably about the influence of the OECD Convention on Bribery in the adoption of Law 12.846/2013. The other anti-corruption orders of which Brazil is a party have less direct impacts. It is important to highlight that the impact is limited because the country, by regulating the matter, has adopted regulatory strategies in accordance with its legal tradition, such as administrative liability. In this perspective, the impact is positive, since now the country has a legislation about the liability of legal persons for the practice of corruption acts against national and foreign public administration. It is also positive that the country remains faithful to its legal practice, avoiding controversial and unnecessary innovations. At the end, some contributions are presented aiming to optimize the regulation of the matter at the national level.

Keywords: Transnational Legal Orders. Corruption. Liability of legal persons. Impacts on the Brazilian law.

LISTA DE ABREVIATURAS

AGU – Advocacia-Geral da União

BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCI – Câmara de Comércio Internacional

CGU – Controladoria-Geral da União

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CISG – *Convention on Contracts for International Sale of Goods*

CVM – Comissão de Valores Mobiliários.

DIP – Direito Internacional Público

DIPr – Direito Internacional Privado

EMI – Exposição de Motivos Interministerial

EUA – Estados Unidos da América

ECOSOC – *United Nations Economic and Social Council*

ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

FIFA – *Fédération Internationale de Football Association*

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

FMI – Fundo Monetário Internacional

GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*

ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

ICAO – *International Civil Aviation Organization*

IAEA – *International Atomic Energy Atomic Agency*

ICN – *International Competition Network*

ICSID – *The International Centre for Settlement of Investment Disputes*

IEC – *International Electrotechnical Commission*

IDE – Investimento Direto Estrangeiro

IDA – *The International Development Association*

IFC – *The International Finance Corporation*

INTOSAI – *International Organization of Supreme Audit Institutes*

IOSCO – *International Organization of Securities Commissions*

ISO – *International Organization for Standardization*

LAC – Lei Anticorrupção

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

MIGA – *The Multilateral Investment Guarantee Agency*

MPF – Ministério Público Federal

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

OJT – Ordem Jurídica Transnacional

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

PAR – Procedimento Administrativo de Responsabilização

PGR – Procuradoria-Geral da República

PJ – Pessoa Jurídica

SEC – *United States Securities and Exchange Commission*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

TLO – *Transnational Legal Order*

TPI – Tribunal Penal Internacional

UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*

UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*

UNIDROIT – *Institut International pour l’Unification du Droit Privé*

UNODC – *United Nations Office on Drugs and Crime*

WGB – *Working Group on Bribery in International Business Transactions*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I. ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO: TEORIA, SURGIMENTO E ANÁLISE	20
CAPÍTULO 1. DO DIREITO INTERESTATAL ÀS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS: HISTÓRICO E EVOLUÇÃO	21
1.1. Resgate histórico: o direito internacional nasce como um direito interestatal puro ou as ordens jurídicas transnacionais estão presentes desde sua origem? ...	23
1.1.1. As origens do direito internacional: entre o <i>jus gentium</i> e o transnacionalismo...	23
1.1.2. Da paz perpétua kantiana ao monismo kelseniano: o direito interno como parte do direito internacional	33
1.2. Globalização e transnacionalização do direito	39
1.2.1. O direito internacional e a influência nas ordens internas: o exemplo do direito internacional privado, do comércio internacional e da proteção internacional dos direitos humanos	40
1.2.2. A globalização e as ordens espontâneas: fragmentação do direito internacional e atores privados	58
1.3. Ordens jurídicas transnacionais: elas se limitam ao conceito clássico de norma?	67
1.3.1. A realidade do <i>soft law</i>	67
1.3.2. Um conceito ampliado de instrumentos normativos?	73
1.4. Conclusões Parciais.....	76
CAPÍTULO 2. MECANISMOS ANTICORRUPÇÃO COMO ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS.....	79
2.1. O combate à corrupção corporativa nos Estados Unidos e a internacionalização do tema	80
2.1.1. O escândalo Watergate e o surgimento do FCPA.....	80
2.1.2. A internacionalização do combate à corrupção	84
2.2. Ordens jurídicas transnacionais anticorrupção	90
2.2.1. A Convenção contra corrupção de autoridades estrangeiras da OCDE.....	91
2.2.2. A Convenção Interamericana contra a Corrupção	101
2.2.3. Convenções adotadas no âmbito da ONU.....	105

2.2.4. Ordens jurídicas transnacionais informais anticorrupção	110
2.3. Conclusões Parciais.....	116
PARTE II. O BRASIL E AS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO: INTERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA.....	119
CAPÍTULO 3. O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DE CORRUPÇÃO: UMA INFLUÊNCIA DE ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS?	120
3.1. Evolução da responsabilização da pessoa jurídica no Brasil por atos de corrupção	120
3.1.1. Responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil: civil, administrativa e penal.....	121
3.1.2. O que dizem as ordens jurídicas transnacionais sobre a responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil?	135
3.1.3. A Lei nº 12.846/2013: uma influência direta das ordens jurídicas transnacionais?	145
3.2. Ordens jurídicas transnacionais anticorrupção e o ordenamento jurídico brasileiro: uma influência limitada	161
3.2.1. A influência efetiva das ordens jurídicas transnacionais no regime de responsabilização da pessoa jurídica no Brasil	162
3.2.2. O Brasil em comparação com os demais signatários da Convenção da OCDE: uma influência limitada.....	164
3.2.3. O fenômeno da recursividade aplicado às ordens jurídicas transnacionais anticorrupção: a responsabilização da pessoa jurídica no Brasil	170
3.3. Conclusões Parciais.....	175
CAPÍTULO 4. APERFEIÇOANDO O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA BRASILEIRO: UMA <i>EVOLUÇÃO</i> AO ENCONTRO DOS POSTULADOS TRANSNACIONAIS?	177
4.1. Sobreposição de competências e segurança jurídica: propostas para o aperfeiçoamento e a coordenação entre os órgãos anticorrupção.....	178
4.1.1. As críticas ao sistema brasileiro de responsabilização administrativa da pessoa jurídica: falta de coordenação entre os órgãos	178
4.1.2. Construindo um modelo coeso de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.....	186

4.2. <i>Compliance</i>, autorregulação e segurança jurídica	191
4.2.1. Programas de <i>compliance</i> : características e incentivos à sua adoção presentes na Lei Anticorrupção brasileira	191
4.2.2. Exclusão de responsabilidade por mecanismos eficientes de <i>compliance</i> : ordens jurídicas transnacionais e segurança jurídica	195
4.3. Conclusões Parciais	199
CONCLUSÕES.....	201
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é marcado por um acirramento no processo de globalização, tendo em vista o desenvolvimento de meios tecnologicamente eficazes de comunicação e transporte. É inquestionável o fato de pessoas, bens, serviços e capitais estarem circulando pelo globo em uma velocidade nunca vista. A internet permite, com efeito, uma conexão entre diversos atores nacionais, notadamente no que tange a agentes do mercado financeiro, possibilitando uma circulação de recursos em uma velocidade surpreendente. Está-se, portanto, diante de um planeta interconectado e interdependente. Conforme afirma Mireille Delmas-Marty, a velocidade da transformação do mundo é mais rápida do que qualquer Estado ou organismo internacional estava habituado¹.

O direito tenta se adaptar a essa realidade. Os atores do mundo jurídico, nesse contexto, ficam, de certo modo, reféns da presente realidade, de modo que regular diversos temas nacionalmente passa a ser inócuo. Esse cenário gera uma necessidade de cooperação bastante aprofundada. Dessa forma, as ordens jurídicas, que regulam diversos temas, como observância de direitos civis, estabilidade financeira, facilitação do comércio, proteção da saúde humana, migrações e controle da corrupção, dentre outras, passam a ter um caráter inegavelmente transnacional².

A ideia de se estudar o ordenamento jurídico nacional em descompasso com o internacional passa a ser, com efeito, contraproducente. É inegável, portanto, que existe uma estrutura dinâmica entre os ordenamentos nacionais e o plano global, formando um conceito-chave para o presente estudo: ordens jurídicas transnacionais (OJTs), tradução de *transnational legal orders* (TLOs), expressão cunhada por Terence C. Halliday e Gregory Shaffer com o escopo de empreender uma análise aprofundada sobre as interações existentes entre os ordenamentos jurídicos locais, regionais e globais. Nesse contexto, a acepção clássica de direito internacional, destinada a estudar o arbitramento e composição de conflitos entre Estados, conforme desenho vigente na Paz de Vestfália, passa a ser insuficiente para compreender

¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Seuil, 2016, p. 7.

² HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. *Transnational Legal Orders*. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 7.

fenômenos relativos à influência que ordens jurídicas globais geram no direito local e vice-versa³.

Surgem, dentro desse contexto, outros conceitos importantes, como fragmentação do direito internacional e direito administrativo global. Por fragmentação, entenda-se a existência de diversas ordens jurídicas coexistindo no âmbito global, as quais surgem e atuam de forma independente, muitas vezes descoordenada. Isso se deve à uma profusão legislativa que se acentuou bastante com o processo de globalização⁴. Já por direito administrativo global, deve-se entender o surgimento de regulações transgovernamentais destinadas a dar uma resposta para problemas que emergem em um planeta interconectado, nos quais as Estados nacionais não conseguem exercer seu poder regulatório de forma isolada⁵.

Dentro desse cenário, é perceptível um fenômeno no qual o Estado deixa de ser um ente unitário em suas relações internacionais, de modo que seus órgãos fracionários passam a ganhar acentuada relevância na arena global. O Estado policêntrico é, portanto, uma realidade perceptível no mundo contemporâneo, de modo que os reguladores passam a estreitar relações com seus colegas internacionais, formando espécies de redes⁶, as quais certas vezes sequer possuem a chancela dos poderes centrais dos governos⁷. Não se pode ignorar, igualmente, a influência de ordens privadas, com poder de impacto no cenário jurídico local⁸. Essas redes passam a ter uma relevância ímpar quando atingem um nível forte de institucionalização, criando um mecanismo recursivo. Nas palavras de Terence C. Halliday e Gregory Shaffer, isso ocorre quando existe uma simbiose entre a regulação local, alimentada por ordens internacionais, as quais, por sua vez, são igualmente influenciadas por estruturas locais⁹.

Essa regulação transfronteiriça, por meio de instituições globais, pode ocorrer de diversas formas. Existem ordens jurídicas oriundas de organizações formalmente constituídas, por meio de instrumentos de direito internacional tradicional, como, por exemplo, a

³ Ibid., p. 7-8.

⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Relatório do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional. Genebra: Comissão de Direito Internacional da ONU, 2006, p. 7-28.

⁵ KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*. Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-18. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em 18/12/2018.

⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 12.

⁷ Ibid., p. 48-49.

⁸ TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society. In: LADEUR, Karl-Heinz. *Globalization and Public Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.74.

⁹ HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 38-39.

Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial do Comércio (OMC). Existem, de outra parte, ordens advindas de instituições informais, que se assemelham com redes de cooperação, normalmente constituídas por agências governamentais (partes dos Estados nacionais), mas que, por seu papel decisivo, acabam interferindo na governança global ou mesmo nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. São exemplos dessas instituições a *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), que reúne órgãos governamentais encarregados da supervisão dos mercados de capitais e derivativos e a *International Organization of Supreme Audit Institutes* (INTOSAI), que reúne autoridades de controle externo. Não se pode ignorar, por derradeiro, a existência de organizações formadas por atores privados, com ou sem a participação de governos, mas que tem um papel regulatório apto a impactar no direito estatal. São exemplos dessa última categoria a Câmara de Comércio de Paris (CCI) e a Federação Internacional de Futebol (FIFA).

É importante mencionar que essa regulação transgovernamental, ou mesmo privada em determinadas situações, acaba gerando contestações em relação à sua legitimidade, considerando notadamente certo déficit democrático e de *accountability*¹⁰. Isso porque, em determinados contextos, órgãos transnacionais acabam criando padrões responsáveis por balizar condutas sociais. Como os órgãos internacionais são formados, via de regra, por corpos técnicos, sem relação de legitimidade direta com a população, muitos deles passaram a ser alvos de um novo nacionalismo, sob o argumento de que os Estados devem ter o papel central na regulação social¹¹. É evidente que a falta de legitimidade de órgãos transnacionais é um problema a ser enfrentado. No entanto, parece que desestruturar um cenário de cooperação entre as nações, como pretendem alguns críticos, não seria salutar para a manutenção da estabilidade global.

Registre-se que é bastante desafiador escrever uma tese sobre a influência de padrões internacionais no ordenamento brasileiro no momento em que esse fato passa a ser objeto de fortes protestos justamente por distanciar os centros decisórios da sociedade. Exemplos desse ceticismo em relação à regulação transnacional podem ser observados em movimentos recentes bastante eloquentes: o *brexit*¹² e a eleição do Presidente Donald Trump, o qual utilizou um discurso extremamente nacionalista durante a campanha, que pode ser sintetizado por seu

¹⁰ Esse termo da língua inglesa não possui uma correspondência exata na língua portuguesa. Seria algo relativo ao dever de os membros de órgãos administrativos exercerem suas atividades com responsabilidade, ética, transparência, além de prestarem contas adequadamente à sociedade.

¹¹ KINGSBURY; KRISH; STEWART, 2005, p. 16-17.

¹² Nome que ficou conhecida a decisão do povo britânico que, em plebiscito, optou por retirar seu país da União Europeia.

slogan “America First”. Entrementes, conforme exposto no introito dessa explanação, a interconexão existente no planeta parece se impor a esses movimentos, de modo que uma reação nacionalista à regulação transfronteiriça ainda não é perceptível de forma abrangente e sistemática, embora tenha avançado consideravelmente.

Dentro dessa perspectiva, ganha relevância o combate à corrupção, pois a existência de empresas transnacionais que realizam investimentos diretos estrangeiros (IDEs)¹³ é bastante relevante na economia mundial. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, sigla em inglês), o seu volume total anual atinge a cifra de US\$ 1,43 trilhões¹⁴, o que demonstra a importância das empresas transnacionais em um cenário de economia globalizada. Com efeito, se mercados ignoram as fronteiras, evidentemente que a corrupção segue o mesmo caminho, tornando necessária uma regulação transfronteiriça de condutas irregulares praticadas por empresas transnacionais.

O Brasil é, nesse contexto, signatário de três importantes instrumentos internacionais destinados ao combate à corrupção. Trata-se da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, patrocinada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Convenção Interamericana contra a Corrupção, assinada sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida por Convenção de Mérida. Essas três convenções contam com os chamados mecanismos de monitoramento de sua implementação, o que permite uma análise da sua interação com ordenamentos nacionais, além de expandir os instrumentos jurídicos confeccionados a partir delas para além de seu próprio texto.

O tema da responsabilização da pessoa jurídica, em particular, ganha bastante destaque no combate à corrupção. Isso porque a complexidade do mundo empresarial hodierno implica na existência de estruturas de governança corporativa bastante difusas, de modo que as grandes empresas acabam possuindo uma teia de centros decisórios, sendo que, em diversas situações, é difícil apontar uma pessoa física responsável pela prática de determinado ato ilícito¹⁵. De

¹³ Conforme define Muthucumaraswamy Sornarajah, investimento estrangeiro direto é caracterizado pela transferência de ativos tangíveis e intangíveis de um país para outro com o escopo de utilizá-los como bens de capital para gerar riqueza sob o controle total ou parcial dos proprietários desses ativos. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 9.

¹⁴ UNCTAD. *World Investment Report*. Genebra: 2018, p. 2. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>. Acesso em 18/12/2018.

¹⁵ PIETH, Mark; LOW, Lucinda A; BONUCCI, Nicola. *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 216.

outra parte, as empresas podem ser importantes parceiras no controle da corrupção, contribuindo para um universo negocial mais transparente, o que permite um ambiente concorrencial salutar, além de relações governamentais mais limpas. É nesse contexto que surge a importância da autorregulação supervisionada, de modo que as pessoas jurídicas devem contar com programas internos de *compliance*, que permitam o desenvolvimento de suas atividades com respeito à ordem jurídica vigente e à própria ética indispensável às relações humanas¹⁶.

É possível perceber, de outro norte, uma recente evolução legislativa, no Brasil, acerca do assunto. Esse cenário restou evidente com a aprovação da Lei nº 12.846/2013 – que recebeu a alcunha de “Lei Anticorrupção”. Houve, ademais, a edição do Decreto nº 8.420/2015, que a regulamentou mais detalhadamente. Além disso, a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão proeminente na aplicação dessa legislação, lançou um Manual de Responsabilização da Pessoa Jurídica em 2016¹⁷. De um ponto de vista mais alargado, o Brasil vem enfrentando um cenário de combate à corrupção, capitaneado principalmente pela denominada “Operação Lava-Jato”, a qual teve inúmeros desdobramentos, chamando atenção de organismos internacionais. Dentro desse contexto, o propósito do presente estudo é medir os impactos das ordens jurídicas transnacionais voltadas ao controle da corrupção no ordenamento brasileiro.

O objeto da pesquisa é, assim, responder aos seguintes questionamentos: os mecanismos anticorrupção constituem ordens jurídicas transnacionais? Em caso positivo, é possível verificar impactos, no Brasil, relativos à responsabilização da pessoa jurídica e ao incentivo à adoção de programas de *compliance*, formando um fenômeno recursivo entre direito estatal interno e o transnacional?

Encontram-se menções bibliográficas referentes à influência de ordens jurídicas transnacionais anticorrupção no ordenamento brasileiro. Valdir Moysés Simão e Marcelo Pontes Vianna afirmam que a Lei nº 12.846/2015 “não surge no vácuo”, sendo decorrente de compromissos internacionais firmados¹⁸. No mesmo sentido, há menções na obra de Modesto Carvalhosa¹⁹, bem como na de Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz²⁰. Essas

¹⁶ OCDE. *The Liability of Legal Persons For Foreign Bribery: A Stocktaking Report*. Paris: 2016, p. 11-12.

¹⁷ CGU. *Manual de Responsabilização da Administrativa de Pessoa Jurídica*. Brasília: 2016. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf/view>>. Acesso em 07/07/2018.

¹⁸ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. Históricos, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 21.

¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 31.

²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 305-312.

menções, todavia, foram realizadas apenas de forma *en passant*, sem maior reflexão crítica. Não se encontrou, com efeito, nenhum estudo sistemático sobre o tema, que foque no nexo de causalidade entre a adoção da legislação brasileira e o contexto global. Ademais, o presente trabalho tem o escopo de investigar a forma como ocorreu a transposição dos *standards* internacionais para a realidade brasileira, cotejando com outros países. Justifica-se, desse modo, o tema de pesquisa.

O método de abordagem do presente estudo é o dedutivo. Nesse sentido, parte-se da proposição teórica de que as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção influenciam no cenário jurídico brasileiro, buscando por dados que comprovem essa tese. Os métodos de procedimento utilizados são lastreados em pesquisas bibliográficas e documentais, notadamente análise de diversos instrumentos, consistentes principalmente em relatórios, diagnósticos e indicadores internacionais, além de leis brasileiras, incluindo seu trâmite legislativo, regulamentos administrativos, assim como de decisões administrativas e judiciais.

A forma de apresentação do presente estudo está estruturada em duas partes, subdivididas em dois capítulos cada. A primeira é destinada ao estudo da realidade existente no contexto global. Desse modo, são apresentadas proposições teóricas acerca das ordens jurídicas transnacionais em um primeiro momento para, posteriormente, se ater especificamente nas ordens destinadas ao controle da corrupção. A segunda parte é voltada ao estudo da realidade brasileira. Assim, primeiramente é realizado um estudo do estado atual da regulação brasileira, cotejando com determinados países economicamente relevantes. Em um segundo estágio, serão tecidas algumas considerações com o propósito de aperfeiçoar o sistema brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica, a partir de críticas advindas das ordens transnacionais.

Cada um dos capítulos do presente estudo é destinado a responder uma pergunta em específico. Desse modo, o Capítulo 1, tem por objeto o seguinte questionamento: *o que são ordens jurídicas transnacionais?* Para responder a essa indagação, ele foi estruturado em três seções: a primeira (1.1) tem o objetivo de fazer um resgate histórico doutrinário, procurando esclarecer se a ideia do transnacionalismo é recente ou tem origem mais longínqua podendo ser identificada desde os primórdios do direito internacional; a segunda (1.2) é destinada a apresentar exemplos empíricos contemporâneos do tema em estudo; e a terceira (1.3) propõe um conceito alargado de instrumento jurídico, a fim de não restringir o objeto de estudo a normas jurídicas em sua acepção clássica.

O Capítulo 2 tem por escopo responder à seguinte pergunta: *os mecanismos internacionais anticorrupção podem ser considerados ordens jurídicas transnacionais?* Para

permitir a exposição, ele foi dividido em duas seções: a primeira (2.1) é destinada ao estudo da elevação do combate à corrupção ao plano internacional; a segunda (2.2), tem por objeto uma análise detalhada de cada uma das convenções sobre o tema de que o Brasil é signatário, além de algumas ordens jurídicas transnacionais de caráter informal.

O Capítulo 3 ocupa posição central no presente estudo. Isso porque é nele que são respondidas as perguntas mais essenciais da pesquisa. Nesse passo, ele tem o objeto responder ao seguinte questionamento: *é possível verificar um impacto das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção no ordenamento brasileiro, no que tange à responsabilização da pessoa jurídica e ao incentivo à adoção de programas de compliance, formando um fenômeno recursivo entre direito estatal interno e o transnacional?* Para responder da forma mais adequada possível, ele foi dividido em duas seções: a primeira (3.1) tem por objeto mapear os principais diplomas legislativos brasileiros destinados à responsabilização da pessoa jurídica, analisar as interações entre as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção e o ordenamento brasileiro e, por fim, empreender um estudo criterioso da Lei nº 12.846/2013 e respectiva regulamentação. A Seção 3.2, de outra parte, tem por objeto responder, de forma objetiva, à pergunta condutora da pesquisa, esclarecendo o impacto de OJTs no tratamento brasileiro da responsabilização da pessoa jurídica, bem como efetuar um cotejo entre a realidade encontrada no Brasil com a de outros países economicamente relevantes.

O Capítulo 4, por fim, tem um escopo mais propositivo. Desse modo, ele destina-se a responder à seguinte indagação: *o que pode ser aperfeiçoado no sistema brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica, considerando as críticas efetuadas por ordens jurídicas transnacionais?* Ele também está dividido em duas seções: a primeira (4.1.) tem por escopo sugerir aperfeiçoamentos institucionais no que tange à sobreposição de competências para aplicação da legislação brasileira, permitindo uma atuação mais coesa das autoridades; e, a segunda (4.2.) tem a finalidade de propor uma interpretação adequada acerca da imputação de atos lesivos a pessoas jurídicas.

Ao final de cada capítulo são apresentadas conclusões parciais, a fim de facilitar a compreensão do estudo.

Importante mencionar que foram efetuados dois cortes metodológicos para possibilitar a realização da pesquisa. Primeiramente, a pesquisa está centrada na regulamentação da Lei nº 12.846/2013 no plano federal. Isso porque estudar as realidades estaduais tornaria o trabalho exageradamente extenso, o que sequer encontraria espaço no cronograma. Ademais, a relação com as ordens jurídicas transnacionais ocorre principalmente no âmbito da União, havendo uma

interlocução mais ativa com órgãos da estrutura federal. De outra parte, houve a realização de estudos comparativos da legislação brasileira apenas com outros países signatários da Convenção contra a Corrupção da OCDE. Isso porque é no âmbito desse sistema que se encontram fartos materiais para pesquisa, uma vez que o tema específico da responsabilização da pessoa jurídica não foi objeto dos sistemas de monitoramento das outras convenções. Registre-se, ainda, que se encontram, dentre os signatários do instrumento da OCDE, os países economicamente mais relevantes, conforme será adiante estudado. Infelizmente, a China, um dos países mais pujantes da atualidade, e a Índia, outro *player* bastante importante, não estão inseridos na Convenção da OCDE.

Por derradeiro, importante consignar que a presente tese encontra consonância com a Linha de Pesquisa “Fundamentos da Integração Jurídica”, a qual está voltada ao estudo do direito em um cenário de globalização, marcado pela interconexão. Desse modo, o presente estudo encontra respaldo para sua concretização em uma das linhas adotadas pelo Programa em que se desenvolveu.

**PARTE 1. ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS ANTICORRUPÇÃO:
TEORIA, SURGIMENTO E ANÁLISE**

CAPÍTULO 1. DO DIREITO INTERESTATAL ÀS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS: HISTÓRICO E EVOLUÇÃO

O cenário jurídico global contemporâneo é marcado pelo transnacionalismo. Percebe-se a existência de uma profusão ampla de normas com o objetivo de regular diversos setores da sociedade de uma maneira transversal, ignorando as fronteiras delimitadas dos Estados soberanos²¹. Trata-se de mais uma evidência empírica da globalização, fenômeno social gerado pelo profundo aprimoramento dos meios de comunicação e transportes, o qual gerou fluxos intensos de pessoas, bens e capitais por todo o globo terrestre. Tem-se indiscutivelmente um mundo interconectado e interdependente, nos quais as relações sociais deixaram de estar circunscritas ao plano local para ganharem o mundo, de modo que soluções domésticas acabam cada vez mais escassas, pois os problemas tendem a transcender as fronteiras²².

Classicamente, desde a Paz de Vestefália (1648), estuda-se o direito internacional público como um balizador das relações interestatais, cujo papel principal é o de evitar conflitos bélicos, fazendo com que as controvérsias sejam sanadas por meios pacíficos. O direito internacional privado, por sua vez, é explorado como um método de resolução de conflitos espaciais de leis, oferecendo soluções para situações nas quais mais de um país possui autoridade sobre certo evento ou transação. Ambas disciplinas sempre foram, assim, centradas na figura do Estado²³.

O direito transnacional, de outra parte, é um campo de estudo cada vez mais importante, notadamente na estrutura multipolar e globalizada existente desde a queda do Muro de Berlim, guardando evidentemente uma densa relação com o direito internacional e seus instrumentos clássicos, como os tratados, cuja importância se acentua. A concepção de direito transnacional refere-se a um fenômeno marcado por ordens jurídicas capazes de transcender o Estado-nação, podendo ser criadas por órgãos internacionais, inclusive sem a participação estatal, mas que impactam no cenário jurídico interno e são por ele influenciadas²⁴. Existe, com efeito, uma fluidez de normas espalhadas no globo, com diferentes objetivos, mas que podem se colidir em

²¹ SCHAFFER, Gregory. *Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraint. International Law and Justice Working Papers*. Nova York: New York University School of Law, 2010, p. 5-8. Disponível em: <<https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>>. Acesso em 22/06/2018.

²² SLAUGHTER, 2004, p. 8-13.

²³ SCHAFFER, 2010, p. 8-9.

²⁴ *Ibid.*, p. 9.

dado momento, exigindo algum nível de coordenação²⁵. Surgem, com efeito, as ordens jurídicas transnacionais, realidade impossível de ser ignorada no mundo contemporâneo.

Terence C. Halliday e Gregory Shaffer trazem interessante acepção de ordem jurídica transnacional – OJT (*transnational legal order – TLO*, em inglês). O conceito básico aponta para uma estrutura jurídica, produzida por, ou com o auxílio de, organizações ou redes jurídicas internacionais, com o objetivo de influenciar direta, ou indiretamente, instituições jurídicas locais, transcendendo o Estado-nação²⁶.

Os referidos autores exemplificam essas *transnational legal orders* a partir de diversas instituições. Apenas para ilustrar, demonstram que a implementação efetiva dos tratados celebrados sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio (OMC), passam pelo seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), o qual toma determinadas decisões que podem influir na ordem jurídica doméstica de determinado Estado-nação. Essa seria uma ordem jurídica transnacional, cunhada no âmbito de uma organização internacional, impactando diretamente na regulamentação local²⁷. Noutro passo, é possível verificar a mesma situação a partir de relatórios do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, que influenciam sobremaneira as políticas econômicas locais, bem como nos Termos de Comércio Internacional (INTERCOMS), estabelecido pela Câmara de Comércio de Paris (CCI), dentre diversos outros²⁸. Enfim, existe uma pluralidade dessas ordens transnacionais, as quais deixam de regular as relações apenas entre Estados para regular as relações dentro dos Estados²⁹.

Esse primeiro capítulo tem o objetivo de caracterizar, de forma detalhada, o que seriam ordens jurídicas transnacionais. Para tanto, na primeira seção é realizado um resgate histórico de autores clássicos com o escopo de verificar se, desde sua origem, o direito internacional demonstrava uma preocupação com direito interno, identificando traços embrionários da transnacionalização do direito. A segunda seção é dedicada a estudos mais empíricos da realidade hodierna, tendo como escopo identificar diferentes ordens jurídicas transnacionais desenvolvendo seu papel de influenciar no direito interno. Por fim, a terceira seção tem por objeto o alcance que se vislumbra para as ordens jurídicas transnacionais, propondo um conceito ampliado de instrumento normativo.

²⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Pluralisme Ordonné*. Paris: Seuil, 2006, principalmente p. 26 e ss.

²⁶ HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 20.

²⁷ *Ibid.*, p. 12.

²⁸ *Ibid.* p. 13.-14.

²⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

1.1. Resgate histórico: o direito internacional nasce como um direito interestatal puro ou as ordens jurídicas transnacionais estão presentes desde sua origem?

O escopo dessa primeira seção do Capítulo 1 é fazer um resgate histórico do direito internacional, procurando investigar se autores clássicos já tinham em mente uma integração entre as ordens jurídicas nacionais e transnacionais, de modo a reconhecer uma influência, ou até mesmo limitação, gerada por ordens internacionais no direito estatal interno. Para isso, a seção foi dividida em duas partes: a primeira com o propósito de estudar autores clássicos, que buscaram isolar o então denominado *jus gentium* como disciplina autônoma, e o segundo voltado a enfrentar o tratamento conferido por Immanuel Kant e Hans Kelsen ao direito internacional, com destaque para o projeto de paz perpétua kantiana e para o monismo kelseniano.

1.1.1. As origens do direito internacional: entre o *jus gentium* e o transnacionalismo

Quando se pensa em ordem jurídica transacional, na acepção aqui trazida, ou seja, aquela preconizada por Terence C. Halliday e Gregory Shaffer, a ideia que surge é no sentido de que se está diante de uma nova realidade contraposta às ideias originárias do direito internacional clássico. Nesse sentido, conforme afirmam os referidos autores, desde o surgimento do Estado no século XVIII, o direito internacional se ocupa das relações entre Estados, aceitando a existência de ordens jurídicas internas nos Estados. Eram dois temas distintos, sendo o direito internacional exclusivo do plano entre Estados, não sendo estudada sua aplicação/influência dentro do Estado³⁰.

No entanto, há que se indagar se essa é uma realidade, de fato presente, quando se estuda o direito internacional. Será que, pensando em termos de direito internacional clássico, não havia preocupação com o direito interno? Ou ainda, será que os autores clássicos pensavam o direito internacional apenas como uma regulação jurídica entre os Estados, ou seja, um direito interestatal, ou será que a ideia de interferência dentro dos ordenamentos jurídicos não é uma novidade tão acachapante quanto parece em uma leitura perfunctória?

³⁰ Ibid., p. 3.

Evidentemente que há um aprofundamento bastante denso no nível de interferência das ordens globais, mesmo que não jurídicas em uma concepção clássica, no direito interno. Isso é inegável e constitui-se no principal objeto do presente estudo. Ocorre que essa evolução paulatina no papel influenciador das ordens jurídicas transnacionais, no sentido aqui trabalhado, possui uma origem longínqua, a qual remete aos autores clássicos do direito internacional.

Nesse sentido, tem-se que o sistema de direito internacional, como conhecido hoje, tem origem há mais ou menos 400 anos atrás, com o ocaso do feudalismo medieval e a organização da estrutura dos Estados nos moldes contemporâneos, embora fosse possível identificar desde a antiguidade determinados traços embrionários³¹. Assim há registros históricos de elementos que indicariam a existência de uma regulação internacional primitiva, tais como um tratado firmado entre Lagash e Umma, cidades-estados da antiga Mesopotâmia em 2100 a.C e o tratado firmado por Ramsés II do Egito e o rei dos hititas aproximadamente um milênio após o primeiro fato, dentre outros exemplos³².

Um importante evento do direito internacional contemporâneo, adotado genericamente como o seu marco inicial, é a Paz de Vestfália (1648), evento no qual foram celebrados uma série de tratados que encerraram a Guerra dos Trinta Anos, iniciando-se a era do positivismo no direito internacional, baseado em tratados nos moldes contemporâneos³³. Esse evento consolidou aquilo que pode ser chamado de movimento normativo³⁴, o qual acabou se consolidando paulatinamente, sendo que, na contemporaneidade, existe uma gama expressiva de marcos normativos internacionais, com diferentes propósitos, eficácia e efetividade. Outro aspecto interessante é o fato de que, a partir de então, o interesse nacional passou a ser o cerne para a tomada de decisão dos Estados no que toca à guerra e à relação com outros entes, deixando-se de lado motivos de ordem religiosa ou transnacional³⁵.

O escopo do presente tópico é avaliar se desde os primórdios do direito internacional já se podia vislumbrar as ordens jurídicas transnacionais. Ou seja, se o direito internacional era visto apenas como uma estrutura apta a balizar as relações entre os Estados ou se já era visto como uma ordem capaz de limitar e influenciar o direito interno. Desse modo, optou-se por estudar alguns autores de expressiva influência, os quais possuem o traço comum de isolar o

³¹ SHAW, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010 [2003], p. 12.

³² NUSSBAUM, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. Nova York: Macmillan, 1954, p. 1-3.

³³ SHAW, 2010, p. 22.

³⁴ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8 ed. Paris: LGDJ – Lextenso Édition, 2009, p. 60-61.

³⁵ KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências*. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 79.

direito internacional (ou o direito das gentes – *jus gentium* – nomenclatura utilizada na época), enquanto ramo do direito, conferindo autonomia teórica à disciplina.

Dentre os precursores do direito internacional atual, ainda em momento anterior à Paz de Vestfália e sem ter por base o positivismo, destaca-se Francisco de Vitoria (1480-1546), o qual foi professor de teologia e direito na Universidade de Salamanca/Espanha. Para esse autor, o direito internacional fundava-se na universalidade do direito natural³⁶, de modo que é reconhecida a soberania dos Estados, sendo ela, todavia, limitada por uma ordem natural, a qual lhe é superior. É necessário, desse modo, que haja certa ordenação na comunidade internacional para que os entes que a compõe possam exercer sua liberdade, tal como ocorre com os indivíduos que vivem em sociedade³⁷.

Francisco de Vitoria partiu das premissas jusnaturalistas de São Tomás de Aquino, aceitando que existe uma lei divina superior e que as normas positivas, criadas pelos homens para dar direção às sociedades políticas, servem “para aplicar e concretizar a lei natural, adaptando-a às circunstâncias sociais e temporais de cada sociedade”³⁸. Suas principais obras são *Des Indis* e *De Iuri Belli* (Dos Índios e Do Direito da Guerra, respectivamente)³⁹, nas quais consagrou determinadas premissas de seu pensamento, como o fato de reconhecer a soberania, considerando a guerra como um mal a ser evitado e sendo aceita apenas quando “justa”. Surge, aí, pois, a ideia de uma comunidade internacional, desprovida de uma autoridade central, mas composta por entes que se identificam como igualmente soberanos⁴⁰.

Uma das mais importantes contribuições trazidas por Francisco de Vitoria, como nota Arno Dal Ri Jr, é o fato de ele defender que o direito a trocas comerciais é um direito natural universal, o qual não pode ser impedido pelo soberano⁴¹. Veja-se que o clássico autor, considerado por muitos como um dos fundadores do direito internacional, na época em que essa expressão sequer existia (utilizava-se apenas direito das gentes – *jus gentium*), traz, em sua obra, determinados princípios bastante interessantes que constituem traços embrionários do que se chama atualmente de ordens jurídicas transnacionais.

³⁶ SHAW, 2010, p. 19.

³⁷ DINH, DAILLIER; FORTEAU, PELLET, 2009, p. 64.

³⁸ URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitoria. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 133.

³⁹ Essas obras foram frutos de conferências ministradas por Francisco de Vitoria Junto à Universidade de Salamanca, provavelmente em janeiro e junho de 1539. A primeira edição publicada das conferências foi em 1557. VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Introdução de Francisco Castilla Urbano. Ijuí: Editora Unijuí, 2006 [1557], p. 13.

⁴⁰ URBANO, 2014, p. 144-146.

⁴¹ VITORIA, 2006, p. 9.

Francisco de Vitoria parte da premissa de que o direito a transitar em terras estrangeiras seria inerente ao direito natural, de modo que os espanhóis poderiam tranquilamente percorrer os territórios habitados pelos índios, desde que não causassem danos aos nativos⁴². Do mesmo modo, afirma que não poderia ser impedido o comércio entre os índios e os espanhóis, o qual se daria “por exemplo, importando as mercadorias das quais eles carecem e exportando dali ouro ou prata e outros produtos que abundam entre eles. E os príncipes não podem proibir aos súditos comerciar com os espanhóis; os príncipes espanhóis também não podem proibir de comerciar com eles”⁴³. A ideia básica aqui apresentada é a existência de uma lei natural, à qual seriam submetidos tanto os nativos americanos quanto os espanhóis, a qual impediria a vedação pelo “Estado”⁴⁴ de que seus súditos praticassem comércio com indivíduos de nacionalidades diversas.

Por fim, a terceira premissa adotada por Francisco de Vitoria é a de que as missões para propagar a fé cristã não poderiam encontrar resistência em territórios indígenas, pois, também seriam tuteladas pelo direito natural⁴⁵. Aqui, o autor parte de interpretações bíblicas, as quais determinam a pregação e expansão do cristianismo para toda a humanidade.

Caso houvesse violação desses direitos naturais acima traçados, a guerra passaria a ser justa para os espanhóis⁴⁶. Portanto, percebe-se um traço bastante claro, nas acepções de Francisco de Vitoria, no sentido de existir um direito natural balizador das relações entre Estados, mas, mais do que isso, um direito natural capaz de tutelar como o “Estado” deve tratar seus próprios cidadãos, sendo-lhe ilícito impedir seus súditos de comerciar com estrangeiros. Ademais, o “Estado” não poderia impedir o trânsito de estrangeiros ou a existência de missões cristãs em seus territórios.

É certo que Francisco de Vitoria era dotado de uma visão altamente eurocêntrica e cristã, sendo seus estudos bastante voltados a justificar a dominação espanhola no “novo mundo”. É possível, todavia, identificar, em seus escritos, elementos do que hoje se chama de ordens jurídicas transnacionais. Prova disso é que seu *jus gentium* não se restringe às relações entre

⁴² Ibid., p. 93.

⁴³ Ibid., p. 96

⁴⁴ Escrito entre aspas porque se trata de um conceito bastante amplo, visto que deve incluir comunidades indígenas e reinos cuja natureza e peculiaridades não se enquadram na gênese da palavra atualmente aceita.

⁴⁵ Vitoria, 2006, p. 101.

⁴⁶ Aqui, Francisco de Vitoria também se utiliza de várias passagens bíblicas, além de ensinamentos de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, os quais respaldariam o direito de guerra de cristãos contra os não cristãos, autorizando-se o que ele chama de “guerra justa”. VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006 [1557], p. 115-118. Aliás, veja-se que o conceito de “guerra justa” persiste, de certo modo, até os dias atuais, conforme prevê o art. 44 da Carta das Nações Unidas.

Estados, mas, também, se preocupa com a relação dos Estados com seus próprios súditos e com estrangeiros que estejam em seu território. Existe, pois, determinada preocupação com o direito interno.

Outro nome de suma importância no desenvolvimento embrionário do direito internacional é Alberico Gentili (1522-1608)⁴⁷. Ao contrário de Francisco de Vitoria, suas bases não possuem a mesma origem teológica e sua preocupação maior é a sistematização do *jus gentium* conferindo autonomia à disciplina, mormente no que tange ao direito da guerra, embora ainda parta de premissas jusnaturalistas da existência de uma ordem jurídica superior aos Estados, fruto de um “consenso das gentes”⁴⁸.

Dentre uma expressiva gama de textos publicados por Gentili⁴⁹, tem-se a sua primeira obra de destaque, “*De Legationibus Libri Tre*”, a qual constitui-se em um tratado de direito diplomático, “iniciado com um parecer fornecido ao governo inglês sobre o caso do embaixador espanhol envolvido nas tramas conspiradoras de Maria Stuart contra Elisabeth I da Inglaterra”⁵⁰. O chamado direito diplomático ou direito das imunidades é, por si só, um direito que consagra uma ordem jurídica de caráter transnacional. Isso porque os diplomatas necessitam ser imunes para que suas práticas possam ser desenvolvidas (direito hoje positivado na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas).

Na época de Gentili, contudo, as imunidades vinham do direito costumeiro, constituindo-se em um imperativo necessário para as relações exteriores. Nesse sentido, o autor invoca a tradição das civilizações grega e romana para justificar a imunidade dos embaixadores⁵¹.

A partir desse resgate histórico, o autor afirma que os diplomatas sempre tiveram uma proeminência bastante importante. Com efeito, assevera que Cícero e Cesar reconheciam que os direitos dos diplomatas seriam conferidos por uma autoridade divina e humana. Na interpretação de Gentili, seria um direito advindo de “uma providência divina, imutável, de aplicação universal e admitido pelos bárbaros”⁵². O livro em questão é bastante detalhado para a época, buscando fundamento no direito romano e nos costumes desenvolvidos desde tempos

⁴⁷ SHAW, 2010, p. 19.

⁴⁸ PANIZZA, Diego. Alberico Gentili. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 105-109.

⁴⁹ Foram vinte e quatro obras publicadas e duas inéditas, além de outros textos esparsos (PANIZZA, 2014, p. 100).

⁵⁰ *Ibid.*, p. 102.

⁵¹ GENTILI, Alberico. *De Legationibus Libri Tre*. Vol. II. Tradução para o inglês de Gordan. J Lang. Nova York: Oxford University Press, 1924 [1594], p. 22-23 e 32-46.

⁵² *Ibid.*, p. 58.

imemoriais (expressão típica do *common law*), o que tornaria as imunidades diplomáticas obrigatórias.

Eis aqui um exemplo bastante claro de como as ordens jurídicas transnacionais já possuíam um embrião no direito diplomático de 1594. Isso porque a garantia de imunidades a diplomatas dentro de outros países, e com caráter obrigatório, nada mais é que o direito internacional limitando o direito interno, uma vez que o tratamento conferido aos diplomatas estrangeiros não poderia ser objeto de regulação própria de cada nação.

Outro importante expoente do direito das gentes, contemporâneo de Gentili e Francisco de Vitoria, é Francisco Suárez (1548-1617). Esse autor parte ainda de premissas jusnaturalistas do *jus gentium*, colocando-o, contudo, em outro patamar: seria um intermediário entre o direito natural e o direito positivo. Ou seja, o direito das gentes se insere no direito positivo, mas permanece pautado pela ética⁵³.

Francisco Suárez utiliza-se bastante dos costumes para justificar a obrigatoriedade do *jus gentium*, pois ele procura distingui-lo tanto do direito natural quanto do direito civil⁵⁴. Nesse passo, parte da premissa de que existe um direito consuetudinário desde tempos imemoriais que rege a relação entre Estados. Por exemplo, a obrigação de receber diplomatas é instituto de *jus gentium*, mas a obrigação “de respeitar a imunidade, depois de aceita a representação diplomática, uma vez que ela se serve de um pacto, brota da natureza, do *pact sun servanda*”⁵⁵.

O autor não nega a possibilidade de os Estados estabelecerem tratados com o intuito de criar obrigações de direito. Todavia, ignora a possibilidade de eles serem fonte de direito. Saliente-se que, na época, tratados multilaterais era algo impensável⁵⁶, haja vista a própria logística envolvida (distâncias, barreiras de idiomas⁵⁷, comunicação deficiente, dentre outras), de modo que eles se caracterizavam como contratos entre nações, a exemplo do Tratado de Tordesilhas (1494), cujo escopo era a divisão de terras a serem descobertas no “novo mundo” entre Portugal e Espanha.

Suárez divide o *jus gentium* em duas vertentes bastante parecidas, mas diferentes. Trata-se do *jus gentium propiissime dictum*, que seria aquele direito incidente nas relações entre os

⁵³ BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. Francisco Suárez. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 175.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 180-182.

⁵⁵ BORGES DE MACEDO, 2014, p. 184.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 184.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 190.

povos, semelhante com o direito internacional público hodierno e do *jus gentium per similitudinem*, o qual corresponde ao estudo da proximidade/compatibilidade de leis de diferentes Estados, sendo, desse modo, uma espécie de direito comparado, dotado, inclusive, de elementos embrionários de direito internacional privado⁵⁸. Conforme afirma Paulo Emilio Borges de Macedo, Suárez foi pioneiro em realizar essa divisão⁵⁹.

Para o presente estudo, cumpre destacar a obrigatoriedade que o autor confere ao *jus gentium*. O mais interessante é que essa imperiosidade não deriva do jusnaturalismo ou do positivismo, mas, sim, da própria necessidade das nações, as quais não possuem condições de existir isoladamente, sem realizar qualquer tipo de intercâmbio com outras, principalmente no que tange a trocas comerciais⁶⁰. Há, portanto, uma interdependência entre os povos, tornando necessária a existência do “direito internacional porque este é necessário para a vida e a interação entre coletividades humanas”⁶¹. Ou seja, naquela época já reconhecia o importante papel da cooperação entre os povos.

Assim como Alberico Gentili, Suárez utiliza as relações diplomáticas como uma necessidade, sendo as imunidades uma imposição para operacionalização do sistema. Desse modo, resta caracterizada, em seu pensamento, uma incipiente ordem jurídica transnacional, pois o *jus gentium*, dotado de compulsoriedade e lastreado nos costumes, implica na obrigação de as nações ajustarem seu direito interno, assegurando imunidade aos diplomatas estrangeiros.

Foi possível encontrar, nos três autores acima estudados, Francisco de Vitoria, Alberico Gentili e Francisco Suárez, elementos embrionários de um direito transnacional. Isto é, do direito internacional sendo capaz de influenciar os ordenamentos internos dos Estados, contando, inclusive, com obrigatoriedade de aplicação, a qual é fundamentada no direito natural, na religião e nos costumes. Sendo esses três autores os primeiros responsáveis pela segregação do direito das gentes como objeto de estudo, há que se ter em mente que as ordens jurídicas transnacionais surgem junto com o direito internacional, sendo parte importante dele.

É outro autor, no entanto, que irá se tornar mais famoso pela contribuição ao direito internacional: Hugo Grotius (1597-1645). Sua obra mais famosa, *De jure belli ac pacis tres* (O direito da guerra e da paz), escrita entre 1623 e 1624, foi um grande marco na sistematização

⁵⁸ SUÁREZ, Francisco. *De Legibus. ac deo legistore*. Nápoles: Ex Typis Fibrenianis, 1872 [1612], p. 155-156. Disponível em: <<https://archive.org/details/tractatusdelegi01sugoog>>. Acesso em 25/05/2018.

⁵⁹ BORGES DE MACEDO, 2014, p. 185.

⁶⁰ SUÁREZ, 1872, p. 156-157.

⁶¹ CASELA, Paulo Borba. 400 anos do *De Legibus* de Francisco Suarez (1548-1617). *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: USP, vol. 206/207, 2011/2012, p. 7. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67935/70543>>. Acesso em 24/05/2018.

do direito internacional, consagrando sua autonomia em relação à religião⁶², observando que a lei da natureza seria dotada de validade, mesmo prescindindo-se da existência de Deus⁶³.

Parte relevante do tratado de Grotius é dedicado à temática da guerra (todo o Livro III)⁶⁴. Já o Livro I é altamente voltado à conceituação de termos como guerra, paz, soberania, dentre outros⁶⁵. O Livro II, por sua vez, é dedicado a examinar as causas das guerras⁶⁶. Grotius admite que “existe um direito comum a todos os povos e que serve para a guerra e na guerra”⁶⁷, partindo da premissa de que nenhuma nação é capaz de existir isoladamente, do mesmo modo que Suárez, pois nenhuma seria autossuficiente, o que geraria inevitáveis conflitos bélicos⁶⁸.

É no Livro II que é possível encontrar diversos traços relativos a um incipiente direito transnacional, ou seja, do direito das gentes intervindo diretamente no ordenamento jurídico interno das nações. Exemplificação disso é o que Grotius chama de “direito de passagem por terra e água”⁶⁹. Afirma, com efeito, que “as terras, os rios e partes de mar que poderiam tornar-se propriedade de algum povo devem estar abertos aos que têm necessidade de uma passagem por causas legítimas”⁷⁰. Exemplos dessas passagens podem ser indivíduos em deslocamento, expulsos de suas pátrias originárias ou mercadorias destinadas a outra nação, mas que necessitem passar pelo território alheio. Grotius chega, inclusive, a comentar sobre a legitimidade de se cobrar uma “taxa” (pedágio) sobre as mercadorias em trânsito, desde que essa não fosse desproporcionalmente onerosa⁷¹.

Nesse mesmo contexto, o autor em comento entende ser imperativa a garantia de direito de residência por tempo limitado aos transeuntes, citando inclusive a doutrina de Francisco de Vitoria⁷². No que tange a estrangeiros expulsos de sua pátria, o autor é bastante contundente: “não se deve mesmo recusar uma moradia fixa a estrangeiros que, expulsos de sua pátria, buscam refúgio, desde que se submetam ao governo estabelecido e que observem todas as prescrições necessárias para prevenir suas sedições”⁷³.

⁶² SHAW, 2010, p. 20.

⁶³ HESPANHA, Antônio Manoel. Hugo Grotius. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 152.

⁶⁴ GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Vol. II. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004 [1625], p. 1011 e ss.

⁶⁵ *Ibid.* Vol. I, p. 67 e ss.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 277 e ss.

⁶⁷ *Ibid.* Vol. I., p. 51.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 46-48.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 325.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 325.

⁷¹ *Ibid.*, p. 330-331.

⁷² *Ibid.*, p. 332.

⁷³ *Ibid.*, p. 333.

São diversas as demais passagens da principal obra de Hugo Grocius que trazem exemplificações de como o direito internacional, de caráter obrigatório, implica em limitações ao direito interno, tais como o direito de procurar mulheres para contrair matrimônio em nações vizinhas⁷⁴ e as imunidades diplomáticas⁷⁵, dentre outras. Importa destacar que o autor encontra fundamento em escritos romanos, gregos e mesmo bíblicos (embora procure separar o *jus gentium* do direito divino) para descrever as práticas que delineiam o direito internacional, ao qual não nega o caráter obrigatório.

Emmerich de Vattel (1714-1767) é outro autor clássico que teceu importantes considerações sobre o direito internacional. Sua obra principal é um tratado de direito das gentes publicado em 1758, no qual traça diversas características do incipiente direito internacional. Ao contrário dos demais autores acima referidos, Vattel viveu no século XVIII (posteriormente à Paz de Vestfália), tendo sua obra apresentado os Estados em formato bem mais próximo do contemporâneo. Sua obra “Direito das Gentes”, traz, no Livro I, definições acerca da estrutura interna de um Estado, considerando o modelo europeu absolutista então vigente, mas com contornos bastante delimitados no que tange à soberania, limite territorial, população e governo⁷⁶.

Vattel parte da premissa de que existe um dever comum de cooperação entre as nações por uma necessidade imposta pela natureza. Nesse passo, traça um paralelo entre as necessidades humanas e as necessidades das nações, afirmando que, assim como os seres humanos, países não possuem condições de existirem sozinhos, pois não são autossuficientes, necessitando do auxílio de seus semelhantes. O autor faz duas ressalvas: 1) essa necessidade de cooperação dos Estados seria menor que a existente entre as pessoas; e, 2) que um país, na convivência com seus pares, deve se preocupar com si mesmo e com a sua segurança de forma mais contundente do que um indivíduo nas relações sociais⁷⁷.

O autor em comento parte de uma visão jusnaturalista não teológica, com forte amparo no direito consuetudinário, para justificar a necessidade e obrigatoriedade do direito internacional, de forma parecida com a doutrina de Grotius. Esse direito internacional traçado por Vattel passa necessariamente por diversos exemplos de situações que o *jus gentium* toma forma de um direito transnacional limitando e influenciando o direito interno.

⁷⁴ Ibid., p. 336-337.

⁷⁵ Ibid., p. 727 e ss.

⁷⁶ VATTEL, Emmerich. *O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à conclusão e aos negócios das nações e dos governantes*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2008 [1758], p. 155-373.

⁷⁷ Ibid., p. 389-390.

Nesse contexto, importante salientar alguns trechos da obra de Vattel. Um dos pontos que merece destaque é quando afirma que o soberano “deve vingar as injúrias contra o Estado e proteger seus cidadãos”⁷⁸. Assevera, com efeito, que “qualquer um que maltratar um cidadão ofende imediatamente o Estado que protege esse cidadão”⁷⁹, o que se constitui em uma espécie de proteção diplomática obrigatória. Em sequência, afirma que “a nação ou o soberano não deve tolerar que cidadãos ofendam os súditos de outros Estado, menos ainda que ofendam esse próprio Estado”⁸⁰. Percebe-se, desse modo, uma forte preocupação que os Estados devem ter com os atos de seus próprios nacionais, implicando em obrigações que os países assumem e que influenciam em seus ordenamentos internos.

Existe, na obra de Vattel, uma preocupação com os estrangeiros que estejam em outro Estado. Em um primeiro momento, o autor admite que o Estado pode delimitar quem tem autorização para ingresso em seu território, devendo essa regra ser repassada aos estrangeiros que tentam atravessar suas fronteiras⁸¹. Além disso, procura delinear diversas regras sobre estrangeiros que estejam em seus territórios, passando pela lei penal a que eles estão submetidos, taxas que devem pagar, direitos que lhe devem ser assegurados, bens, herdeiros e testamentos. Confere tratamento especial, portanto, a institutos típicos do direito internacional privado⁸².

O que se percebe dos trechos da principal obra legada por Vattel, acima mencionados, é que seu direito das gentes já contava com alguns elementos de transnacionalidade, essa entendida enquanto a possibilidade de direito internacional limitar e influenciar o ordenamento interno dos Estados.

Os autores clássicos aqui estudados possuem traços bastante comuns. Todos eles aceitam o direito internacional como algo inerente à realidade humana, embora adotem fundamentos distintos (sejam religiosos, jusnaturalistas ou consuetudinários). Ademais, aceitam, em variados graus, que o direito internacional é dotado de obrigatoriedade e tem o poder de limitar e influenciar o direito interno. Nesse momento, no entanto, ainda não se tinha um direito internacional normativo, adotando os tratados como fonte, o que surgiria posteriormente.

⁷⁸ Ibid., p. 437.

⁷⁹ Ibid., p. 437-438.

⁸⁰ Ibid., p. 438.

⁸¹ Ibid., p. 456.

⁸² Ibid., p. 456-465.

1.1.2. Da paz perpétua kantiana ao monismo kelseniano: o direito interno como parte do direito internacional

Immanuel Kant (1724-1804), renomado filósofo, publicou, em 1795, uma obra que se transformou em um marco do direito internacional e das relações internacionais, embora esse prestígio tenha sido tardio, sendo a obra revisitada principalmente após a 2ª Guerra Mundial⁸³. Trata-se de um projeto filosófico, de longo prazo, no qual o autor vislumbra a existência de uma “federação de estados”⁸⁴ capaz de conduzir o mundo a um estado permanente de paz, livre de conflitos bélicos.

Cumprido destacar o que o filósofo chama de “Artigos Definitivos para a Paz Perpétua”. No primeiro desses artigos, Kant afirma categoricamente que “a constituição civil em cada Estado deve ser republicana”⁸⁵, indicando uma forma de governo interno dos países como imprescindível ao sucesso de seu projeto de paz duradoura. Afirma que a constituição de um país deve ser fundada nos princípios da liberdade, da dependência de todos em relação a uma única legislação comum e da igualdade dos cidadãos⁸⁶.

A argumentação de Kant é no sentido de que, havendo uma democracia, e sendo necessário o consentimento dos cidadãos para que uma guerra fosse realizada, o resultado é que provavelmente eles não iriam concordar com o confronto bélico. Isso porque eles considerariam seus próprios interesses e, sendo eles os principais alvos das “aflições da guerra” (participar dos combates, perder seu próprio patrimônio para financiar os custos do confronto, bem como reparar a devastação por ele deixada, dentre outros), a tendência seria que os indivíduos recusem a ideia de guerra⁸⁷.

Evidentemente que Kant parte de um projeto de mundo por ele idealizado ao passo que os autores estudados no tópico anterior fazem uma análise descritiva do contexto em que estavam inseridos. Kant, assim, quer evitar a guerra a todo o custo e não está preocupado em classificá-la como sendo “justa” em determinadas situações. Essa concepção de “projeto ideal

⁸³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (anuário da pós-graduação em Direito da UNISINOS)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92.

⁸⁴ KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007 [1795], p. 31 e ss.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 26-27.

de mundo” é de suma importância para a presente tese, pois seu esboço de planeta pode ser visto como uma ordem internacional desprovida de obrigatoriedade, mas que pode influenciar o ordenamento interno dos Estados.

Percebe-se, desse modo, que Kant apresentava, no final do Século XVII, um modelo de Estado capaz de rejeitar de forma reiterada a ideia de guerra: a república. O conceito kantiano de república é bastante voltado para uma forma de nação no âmbito da qual todos os indivíduos tenham seus direitos respeitados e possuam o poder de influenciar as decisões políticas do governo. Atualmente, esse conceito não precisa se confundir necessariamente com o republicanismo, podendo ser revisto como “Estado Democrático de Direito”, o qual incorpora as monarquias constitucionais contemporâneas.

Essa ideia de um modelo de Estado capaz de evitar conflitos bélicos é bastante aceita no contexto hodierno. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁸⁸, diversos alicerces foram construídos para que hoje exista um sistema universal de proteção aos direitos humanos⁸⁹. Como afirma André de Carvalho Ramos, esse sistema, além do propósito de evitar que se repetissem as terríveis mazelas observadas nos regimes nazifascistas, tinha também o escopo de prevenir conflitos bélicos, pois, via de regra, eles foram provocados por regimes totalitários. “Reconhece-se, então, uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional”⁹⁰. Assim, nasceu a ideia de promover Estados que respeitassem os direitos humanos, a qual foi gestada ainda no final da 2ª Guerra Mundial na Conferência Intergovernamental entre países aliados na Mansão de *Dumbarton Oaks*⁹¹.

Cumprido salientar, para os propósitos deste tópico, que Kant já incorporava em seu projeto, o qual não detinha qualquer poder político ou base empírica de observação⁹², um modelo de Estado baseado na democracia e no direito com o objetivo de evitar o belicismo.

⁸⁸ Conforme afirma Jothie Rajah, os arts. 21 e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos importam em democracia. RAJAH, Jothie. “Rule of Law” as Transnational Legal Order. In: HALLIDAY, Terence C.; SCHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 352.

⁸⁹ O Sistema universal de proteção aos direitos humanos, ou sistema onusiano, compreende, hoje, uma série de convenções celebradas sob os auspícios das Nações Unidas que vão muito além da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, conforme será adiante exposto. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47 e ss.

⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁹¹ *Ibid.*, p. 53-54.

⁹² Interessante observar que, na contemporaneidade, Amartya Sen (Prêmio Nobel de Economia/1998), afirma, com base em observações empíricas, que a democracia é um sistema de governo que permite o desenvolvimento, prevenindo conflitos bélicos e desastres econômicos. SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Nova York: Anchor Books, 2000, principalmente, posição 2800 e ss (versão *e-book*).

Anos depois, essa proposição foi retomada, ganhando envergadura política, a fim de balizar a criação da ONU e de seus principais diplomas normativos pelas potências vencedoras da 2ª Guerra. Como afirma Deisy Ventura, “natural, portanto, que após os horrores das grandes guerras mundiais, assista-se à retomada, em todo seu vigor, da ideia kantiana de que ‘a violação de um direito num lugar da Terra se sente em todos os outros’”⁹³.

O segundo artigo definitivo de Kant para a paz perpétua é o centro de sua obra, e talvez aquilo que parece mais distante: um federalismo mundial de Estados. O filósofo estabelece uma relação direta entre os homens em seu estado de natureza e os Estados, de modo que a convivência sem coordenação dos países na ordem internacional importa na existência de intermináveis conflitos dado seu estado de natureza, no qual um tenta subjugar o outro com base na força. Para que isso fosse evitado, seria imprescindível a construção da referida federação universal, dotada de um poder coercitivo sobre os Estados⁹⁴.

Por fim, o terceiro artigo definitivo para a paz perpétua é a chamada “hospitalidade universal”. Consiste basicamente no “direito de um estrangeiro, por conta de sua chegada à terra de um outro, de não ser tratado hostilmente por este”, ao menos até que esse se comporte pacificamente⁹⁵, o que já havia sido defendido por Francisco de Vitória e Grotius. Esse direito de visita a países diversos da sua pátria se fundamenta, segundo o autor em comento, “em virtude do direito da posse comunitária da superfície da Terra”⁹⁶.

Vislumbra-se, pois, no pensamento kantiano vertentes bastante veementes das ordens jurídicas transnacionais. E aqui não se trata mais do próprio direito internacional limitando o direito interno, mas de modelos de Estado vislumbrados dentro de um projeto filosófico. A ideia dos indicadores medindo a democracia e o respeito aos direitos humanos, e influenciando o ordenamento interno dos países, que será mais bem trabalhada adiante, já possuía, de certo modo, raízes no longínquo pensamento de Kant.

Registre-se, ainda, que Kant era um humanista, sendo sua visão de dignidade humana⁹⁷ um grande balizador para a construção da moderna teoria dos direitos humanos. Desse modo, o filósofo afirmou tudo teria um preço ou dignidade: as coisas teriam seu preço, podendo ser substituídas pelo equivalente; já aquilo que não admite a equivalência possuiria sua dignidade⁹⁸.

⁹³ VENTURA, 2007, p. 92.

⁹⁴ KANT, 2007, p. 31-35.

⁹⁵ KANT, 2007, p. 37.

⁹⁶ Ibid., p. 38.

⁹⁷ RAMOS, 2014, p. 74.

⁹⁸ KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007 [1785], p. 77.

Assim, cada indivíduo seria um fim em si mesmo, “com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo preço”⁹⁹.

É dentro desse contexto que a obra de Kant pode ser lida não apenas como voltada a prevenir a guerra entre Estados, mas também com o escopo de prevenir que os países provoquem lesões contra seus próprios habitantes. Jânia Saldanha propõe, então, uma “atualização” da obra do filósofo, expondo que seu projeto de paz perpétua deve se estender às violações praticadas entre os homens no interior das nações. Assevera, ademais, que “são as mesmas normas morais e jurídicas que orientam a vida em sociedade para que o diálogo e a solidariedade sejam mantidos como expressão do civismo”¹⁰⁰.

Já no livro “Ideia de uma história universal sob um ponto de vista cosmopolita”, Kant parte (primeira proposição) da premissa de que a racionalidade humana deveria servir a responder ao que chama de o mais complexo desafio da humanidade, isto é, alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito (quinta proposição)¹⁰¹. Chega a afirmar que esse será o último dos problemas a ser resolvido pela espécie humana (sexta proposição). Assim, o filósofo já vislumbrava a falta de diálogo entre os sistemas jurídicos dos diversos países como um entrave para a evolução da espécie humana.

De outra parte, Hans Kelsen (1881-1973) é um clássico do direito, reconhecido por lhe ter conferido uma análise científica, estando sua obra “Teoria Pura do Direito” dentre os clássicos de leitura obrigatória na formação jurídica. Em apartadíssima síntese, o autor parte da ideia de que as normas jurídicas formam um sistema coeso, baseado na hierarquia, em forma de pirâmide, estando em seu ápice o que ele chama de norma hipotética fundamental (*Grundnorm*), a qual serviria de fundamento para todo um ordenamento jurídico¹⁰². É possível identificar, em sua obra, que ele refuta que a constituição fizesse o papel dessa norma

⁹⁹ RAMOS, 2014, p. 74.

¹⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo Jurídico. Teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livra do Advogado, 2018, p. 91.

¹⁰¹ KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal sob um ponto de vista cosmopolita*. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1784], p. 10.

¹⁰² Afirma Kelsen: “como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe com a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)”. (grifo original). KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2 ed. original. 7 ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960], p. 217.

fundamental, pois ela nada mais é do que direito positivo, ou seja, inserida dentro do contexto normativo¹⁰³. Desse modo, a norma fundamental que Kelsen advoga existir é um pressuposto lógico hipotético¹⁰⁴, ou seja, uma norma apenas pensada¹⁰⁵, que conferiria validade a todas as demais normas. Seria algo como: todos devemos obedecer à constituição¹⁰⁶.

O autor afirma, ademais, que a norma fundamental possui um caráter lógico transcendental, sem, contudo, exercer qualquer papel ético-político, mas tão somente teórico-gnoseológico¹⁰⁷. Em sendo assim, Kelsen consegue afastar qualquer justificativa jusnaturalista para o direito positivo, o que é preocupação constante em sua obra.

Cabe salientar, ademais, que, na perspectiva kelseniana, o direito é uno, sendo que todas as normas jurídicas formam um bloco monolítico. No entanto, nada impede que existam diversos sistemas jurídicos, desde que haja uma necessária hierarquia entre eles, de forma que um legitime o outro, ou ainda, que exista um terceiro sistema normativo capaz de subordinar os outros dois. A norma que fundamenta a validade de um sistema está contida em outro, conferindo, dessa forma, legitimidade ao ordenamento inferior¹⁰⁸.

Dessa forma, continua:

Se o direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais¹⁰⁹.

Nesse sentido, afirma que ou os ordenamentos nacionais conferem legitimidade ao direito internacional ou vice-versa. O primeiro modelo é chamado por ele de primado da ordem nacional, o segundo de primado da ordem internacional. Para a primeira construção, a validade do direito internacional advém dos diversos acordos firmados entre os mais variados Estados que compõem a esfera global, ficando o direito internacional subordinado aos sistemas estatais¹¹⁰. Na segunda construção, o processo é totalmente inverso. Se parte da validade do direito internacional. Assim, o direito internacional positivo “determina, tanto o fundamento de

¹⁰³ Ibid., p. 222.

¹⁰⁴ Ibid., p. 225-226.

¹⁰⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução A Kelsen, Ross e Hart*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

¹⁰⁶ KELSEN, 2006, p. 224.

¹⁰⁷ Ibid., p. 243.

¹⁰⁸ Ibid., p. 369.

¹⁰⁹ Ibid., p. 369-370.

¹¹⁰ Ibid., p; 370.

validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas podem ser percebidas como delegadas pelo Direito Internacional”¹¹¹.

Nesse diapasão, Kelsen, ao concluir seu raciocínio, não oferece resposta sobre qual seria o modelo mais acertado, asseverando que tudo não passa de uma questão de referencial (se adotar-se como referencial os Estados Nacionais, tem-se eles como legitimadores da ordem internacional; se adotar-se o inverso, tem-se exatamente o direito internacional nesse papel). Assim, cada indivíduo pode invocar uma das construções de acordo com a conveniência política, fugindo essa questão ao direito, uma vez que ambas seriam justificáveis sob o prisma eminentemente jurídico¹¹².

Cumprido salientar, demais disso, que Kelsen afirma que, em se adotando o primado da ordem nacional, o direito internacional passa a ser apenas uma parte do direito interno, de modo que sua norma fundamental irá ser a mesma da constituição estatal. Noutra giro, em se adotando o primado do direito internacional, ou seja, “quando se considera o direito internacional não como parte integrante da ordem jurídica estadual, mas como única ordem jurídica soberana, supra ordenada a todas as ordens jurídicas estaduais delimitando-as”¹¹³, a situação se inverte completamente. Nesse caso, a norma fundamental do direito interno passa a ser o direito internacional.

Importante notar que, embora Kelsen tenha como ponto central de sua obra afastar o direito natural enquanto fundamento do direito positivo, ele reconhece que normas de direito internacional têm origem costumeira, de modo que os Estados criaram ao longo dos séculos diversas normas consuetudinárias de convivência harmônica, as quais são dotadas de obrigatoriedade¹¹⁴. Chega a afirmar que “de acordo com o direito internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efetivo domínio sobre a população de determinado país, constitui um governo legítimo, e o povo que vive nesse país sob um tal governo forma um Estado”¹¹⁵. Essa norma pode ser considerada fundamento de vigência do direito interno sob a ótica do direito internacional.

Outro fato interessante a ser destacado é que Kelsen, em 1944, defende a tese de que os crimes de guerra deveriam ser tratados também como transgressões penais ao direito

¹¹¹ Ibid., p. 374.

¹¹² Ibid., p. 385-386.

¹¹³ Ibid., p. 239.

¹¹⁴ Ibid., p. 240-241.

¹¹⁵ Ibid., p. 239.

internacional, o que lhe conferia voz dissonante entre os tratadistas da época¹¹⁶. Embora já houvesse tentativas anteriores de criação de tribunais penais internacionais, como o art. 227 do Tratado de Versalhes (Tribunal para julgar o Kaiser Guilherme da Alemanha) e a tentativa patrocinada pela Liga das Nações, em 1937¹¹⁷, o primeiro tribunal internacional da espécie a ser criado foi Tribunal Internacional Militar, instituído pelos Aliados para julgar os crimes praticados pelos regimes nazifascistas, o qual ficou notoriamente conhecido como “Julgamentos de Nuremberg”¹¹⁸. Desse modo, a doutrina de Kelsen foi fundamental para a ideia de que o poder de punição pode surgir também do direito internacional, o que hoje é bastante consolidado, estando em plena atividade o Tribunal Penal Internacional (TPI).

A conclusão de que Kelsen via o direito interno como parte do direito internacional, ou vice-versa (dependendo do primado adotado), é uma conclusão bastante óbvia tendo em vista sua teoria monista. Para fins desse estudo, contudo, importa salientar que a preocupação latente da sua teoria pura é procurar por legitimidade e validade das normas. Já o objeto do presente trabalho é auferir se existe influência efetiva de ordens internacionais nas ordens internas, independentemente da relação existente entre ambas.

De outra parte, cumpre salientar que a premissa kelseniana de que existe uma forte integração entre ordens nacionais e internacionais é de suma importância para uma construção teórica fundamentada em ordens jurídicas transnacionais. Nesse passo, tendo um autor da importância de Hans Kelsen encarado esse fato com naturalidade conduz ao raciocínio de que sua obra teve papel relevante para que o direito internacional passasse a ser visto definitivamente de forma mais integrada ao direito interno.

1.2. Globalização e transnacionalização do direito

Essa segunda seção tem por escopo analisar o cenário do direito transnacional atual, procurando empiricamente dados que confirmem a existência de ordens jurídicas transnacionais, bem como que demonstrem como elas atuam na prática, identificando impactos por elas causados no direito estatal interno. Para isso, haverá duas subseções: a primeira com o escopo de analisar ordens jurídicas

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *La paz por medio de derecho*. Tradução para o espanhol de Luis Echávarri. Buenos Aires: Editorial Losadas, 1946 [1944], p. 158.

¹¹⁷ Ambas tentativas fracassaram. A Holanda jamais extraditou o Kaiser alemão, inviabilizando seu julgamento. Já o tratado de criação de um tribunal sob os auspícios da Liga das Nações nunca entrou em vigor, recebendo apenas uma ratificação (RAMOS, 2014, p. 341).

¹¹⁸ RAMOS, 2014, p. 341.

transnacionais formais, sendo estudados três ramos do direito internacional nos quais a sua existência é bastante perceptível. A segunda subseção será destinada à exploração das chamadas ordens jurídicas espontâneas, formadas a partir de situações que dispensam os instrumentos clássicos de direito internacional ou mesmo criadas por entes privados.

1.2.1. O direito internacional e a influência nas ordens internas: o exemplo do direito internacional privado, do comércio internacional e da proteção internacional dos direitos humanos

A transnacionalização do direito é um fenômeno que remeta a origens remotas do direito internacional como visto na seção anterior. Todavia, a proporção que essa transnacionalização vem tomando desde o início do Século XX, mormente após o final da Segunda Guerra Mundial, é bastante evidente, tendo o movimento se acentuado ainda mais nas últimas décadas. Um importante fenômeno que vem contribuindo para que isso ocorra é a globalização, consistente em um incremento nos meios de comunicação e transportes que permitiu uma interconexão bastante acentuada no mundo contemporâneo. No campo das relações internacionais, ganhou influência a chamada Teoria da Interdependência, passando os Estados a serem analisados sob a ótica de uma necessidade de coexistência¹¹⁹.

Noutro passo, após o maior conflito mundial, houve um fortalecimento expressivo das organizações internacionais¹²⁰, com o escopo de evitar outros conflitos bélicos de proporções semelhantes. Desse modo, a profusão normativa passou a se acentuar de forma bastante eloquente, sendo a transnacionalização do direito um fenômeno que passou a merecer destaque. Um dos pioneiros a trabalhar com esse conceito foi Philip Jessup, que empregou o termo em obra de 1965. Para o referido autor, uma norma transnacional é aquela que regula ações e/ou eventos que transcendem fronteiras nacionais, incluindo tanto o direito internacional público quanto o privado¹²¹.

¹¹⁹ KEOHANE, Robert O; NYE JR, Joseph S. Power and Interdependence revisited. *International Organization*. Massachusetts: The MIT Press, Vol. 41, n. 4, 1987, p. 727 e ss.

¹²⁰ SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44-45.

¹²¹ JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

Interessante notar que o fenômeno da globalização criou “circunstâncias facilitadoras”¹²² para o incremento das ordens jurídicas transnacionais. Isso porque a economia globalizada e interdependente transformou problemas que outrora eram domésticos em situações que ensejam regulação regional ou global. Os mercados, desse modo, se regionalizaram ou globalizaram, enquanto o direito permanecia algo proeminentemente nacional, fazendo com que a regulação tivesse que se adequar a essa nova realidade. Noutra giro, as novas tecnologias de mídia, comunicação e transporte fizeram com que diversos ideais passassem a circular pelo mundo com maior facilidade, fazendo com que problemas comuns a diversos países, como a proteção aos direitos humanos, passassem a ser enfrentados de uma maneira mais globalizada¹²³.

Do mesmo modo, surgiram “condições precipitantes”¹²⁴ para o incremento das ordens jurídicas transnacionais. Essas condições se confundem, em certa medida, com as chamadas circunstâncias facilitadoras, mas são mais pontuais e intensas, desencadeando reações mais imediatas. Como exemplos, tem-se crises financeiras, como a de 2008, crises geopolíticas, como a própria Segunda Guerra Mundial, que foi determinante para a estabelecimento sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, ou mesmo crises ambientais e de saúde, como, por exemplo, a Síndrome Respiratória Aguda e Grave (SARS, sigla em inglês), conhecida como “gripe asiática”, que teve forte epidemia em 2003, exigindo atuação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em coordenação com órgãos regionais e domésticos¹²⁵.

Para Terence C. Halliday e Gregory Shaffer, ordem jurídica transnacional é aquela capaz de influenciar o ordenamento interno estatal¹²⁶. Desse modo, o direito transnacional é aquele que é capaz de influenciar as normas internas dos países, alterando seu próprio texto, ou ainda, sua forma de aplicação/intepretação, uma vez que OJTs contam, diversas vezes, com estruturas que permitem o *enforcement* de seu conteúdo por meio de um monitoramento de sua aplicação interna pelos Estados¹²⁷. Ademais, essas ordens podem nascer diretamente na arena global ou, ainda, serem originárias de dentro de um país¹²⁸, o que Boaventura de Souza Santos chama de localismo globalizado¹²⁹.

¹²² Expressão de Terence C. Halliday e Gregory Shaffer. HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 32.

¹²³ *Ibid.*, p. 32-34.

¹²⁴ Também expressão de Terence C. Halliday e Gregory Shaffer. HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 35.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 35-37.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 20-21.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁹ SOUZA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, n. 48, 1997, p. 15-16.

Especificamente dentro do direito formal, existem três domínios jurídicos, nos quais é possível se verificar as ordens jurídicas transnacionais na sua plenitude¹³⁰: direito internacional privado, comércio internacional e proteção internacional dos direitos humanos. Nesses três âmbitos, é possível constatar a formação de ordens jurídicas transnacionais, as quais passam a influir dentro do Estado, algumas vezes alterando substancialmente o direito interno, acompanhadas, em certos de casos, por mecanismos de monitoramento de sua aplicação.

O direito internacional privado é um campo bastante fértil para análise das ordens jurídicas transnacionais, podendo até ser considerado pioneiro na formulação de normas positivas padrões a serem adotadas pelos Estados. Nesse passo, cumpre salientar a existência de instituições como a Comissão da ONU para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês), instituição pública, criada sob os auspícios das Nações Unidas, do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Internacional Privado (UNIDROIT sigla em francês) e da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado¹³¹, dentre outras. Todas essas instituições, já bastante antigas, têm o objeto comum de confeccionar regulamentos de direito internacional privado, ou mesmo de direito privado, com o escopo de harmonização nas mais diversas nações.

A própria dinâmica do direito internacional privado leva a esse cenário. Com efeito, o domínio dessa disciplina consistente basicamente em apontar a lei aplicável e o foro competente em casos que envolvam relações privadas em mais de um Estado¹³², é campo fértil para que sejam adotadas normas padrões. Isso porque, o chamado método conflitual, classicamente utilizado, tem por premissa que o direito aplicável ao caso é aquele estabelecido pelo ordenamento jurídico estatal como correto. Ou seja, a norma de DIPr cinge-se a estabelecer qual a norma material a ser aplicada. Ocorre que, em se procedendo dessa forma, as próprias normas de conflito acabam sendo diversas, pois cada país possui regramento próprio, possibilitando que cada Estado resolva a mesma situação de forma diversa¹³³.

Desse modo, com objetivo de amenizar os conflitos de regras, passaram a ser criadas diversas normas padrões, muitas delas transformadas em tratados, as quais passam a regular a

Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso 12/06/2018.

¹³⁰ Evidentemente que existem outros domínios do direito internacional em que esse cenário é perceptível. Optou-se, contudo, por utilizar esses três exemplos, tendo em vista a própria dinâmica em que atuam, caracterizada pelo transnacionalismo, além da importância que essas temáticas adquiriram no contexto contemporâneo.

¹³¹ HALLIDAY, SCHAFFER, 2015, p. 13.

¹³² DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3-4.

¹³³ ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 46.

situação de maneira uniforme em mais de um país, evitando-se soluções diversas para o mesmo caso. Assim, os tratados são considerados como fonte do direito internacional privado¹³⁴.

Dentre os tratados acerca de direito internacional privado, cumpre destacar alguns deles. De maneira pioneira, pode-se citar os Tratados de Lima (1877) e Motevidéu (1889), celebrados entre países da América Latina, mas sem um número grande de ratificações¹³⁵. O Código Bustamante (1928), por sua vez, marca profundamente o continente americano. Trata-se de um ordenamento extenso, composto de 437 artigos, ratificado por diversos países, dentre os quais o Brasil, que regula diversas matérias de direito interestadual, incluindo direito penal internacional. O código, no entanto, possui uma baixa aplicação. No Brasil especificamente, entende-se que o código regula apenas questões atinentes aos países signatários¹³⁶. Ainda no âmbito do continente americano, vale destacar que houve diversas Conferências Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs), as quais deram origem a inúmeros projetos de tratados internacionais sobre a matéria¹³⁷.

No âmbito de áreas de integração, vale destacar o forte esforço despendido pelas instituições regionais a fim de harmonizar o direito internacional privado. Os objetivos dessa harmonização estão relacionados à efetividade dos princípios norteadores da integração econômica, consubstanciados nas liberdades econômicas fundamentais: livre circulação de bens, pessoas e capitais, além da liberdade de estabelecimento e prestação de serviços^{138 139}. Os primeiros regramentos de matérias afetas ao direito internacional privado “europeizado”¹⁴⁰ vieram antes da instauração oficial da União Europeia (ao menos sob essa denominação) pelo Tratado de Maastricht, em 1992, instrumento que previu expressamente a competência da autoridade europeia para tomar medidas com objetivo de melhorar a cooperação em matéria cível¹⁴¹. Assim, diversos Regulamentos (instrumento legislativo advindo da autoridade comunitária) passaram a ser adotados para regular o direito internacional privado, deixando

¹³⁴ DOLINGER, 2008, p. 61 e ss.

¹³⁵ Ibid., p. 71-72.

¹³⁶ Ibid., p. 73-77.

¹³⁷ ARAÚJO, 2011, p. 82.

¹³⁸ LIMPINS, Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, vol. 19, n.º 3, jul./set. 1967, p. 622.

¹³⁹ Augusto Jaeger Junior defende a concorrência como quinta liberdade econômica fundamental (JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 261 e ss.).

¹⁴⁰ Com a extinção da Comunidade Econômica Europeia (CEE), a expressão direito comunitário perdeu seu significado semântico. Por isso, a expressão “europeizado” ou “unional” passou a ser utilizada para se referir às normativas advindas da União Europeia.

¹⁴¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado. Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66-70.

essa matéria de ser competência exclusiva dos Estados-membros¹⁴². Foram criadas, desse modo, diversas normas regulando obrigações, família, execuções, sucessões, matrimônio, dentre outras matérias, no âmbito comunitário.

No MERCOSUL, de forma bem mais tímida, também podem ser percebidas algumas medidas de harmonização do direito internacional privado. Pode-se citar alguns exemplos: Protocolo de Las Leñas sobre cooperação interjurisdicional, Protocolo de Santa Maria sobre matéria de consumo, Protocolo de São Luiz sobre responsabilidade civil em acidentes de trânsito e Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional acerca de matéria contratual¹⁴³.

Para o objeto de estudo aqui desenvolvido, merecem destaque algumas regulamentações internacionais largamente utilizadas. Uma delas é Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, sigla em inglês), de 1980¹⁴⁴. Conforme afirma Véra Fradera, a ideia de uniformização da legislação aplicável aos contratos de compra e venda no âmbito internacional é bastante antiga, tendo influência da própria *lex mercatoria*¹⁴⁵, sendo elaborado, pela UNCITRAL, um projeto, o qual foi posteriormente convertido na referida Convenção, regulamentando definitivamente a matéria¹⁴⁶. Registre-se que a aplicabilidade da referida convenção é bastante acentuada, conferindo agilidade ao comércio internacional¹⁴⁷ e consolidando a autonomia da vontade nos contratos comerciais internacionais (art. 6º).

Outro instrumento de direito internacional privado, notadamente de direito processual internacional, é a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores (1980)¹⁴⁸. Essa convenção nasceu no seio da Conferência de Haia sobre Direito

¹⁴² Registre-se que a União Europeia é o único exemplo de organização internacional de caráter supranacional existente. Desse modo, há uma repartição de competências entre os Estados-Membros e a própria União, de modo que o chamado direito comunitário incorpora elementos de direito público interno (divisão de competências), criando um sistema único no mundo (BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário – Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e MERCOSUL*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380).

¹⁴³ ARAÚJO, 2011, p. 96 e ss.

¹⁴⁴ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 8.327/2014).

¹⁴⁵ Consoante exposição de Klaus Peter Berger, a definição mais antiga que se tem notícia acerca do termo *lex mercatoria* é de Gerard Malynes que, em 1622, afirmava ser aquele regramento consuetudinário aplicado pelos comerciantes com fundamento na razão e na justiça (BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, p. 1). Atualmente, a expressão segue utilizada para caracterizar normas espontâneas firmadas no âmbito do comércio internacional, principalmente aquelas atinentes a contratos.

¹⁴⁶ FRADERA, Véra M. Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: MENEZES, Wagner (org.). *O Direito Internacional e o Direito brasileiro*. Homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 810.

¹⁴⁷ Conforme consulta ao sítio eletrônico da UNCITRAL (www.uncitral.org), em 17/12/2018, são 89 os países signatários, os quais correspondem por fatia bastante relevante do comércio internacional. Registre-se que a grande maioria dos países da América e da Europa ratificaram o instrumento.

¹⁴⁸ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 3.413/2000).

Internacional Privado¹⁴⁹ e tem por escopo garantir o retorno de menores de 16 anos ao seu país de residência habitual quando levados a outra nação de forma irregular ou, quando levados de forma regular, dela não retornam¹⁵⁰. A convenção em tela é bastante utilizada quando um dos pais leva (ou mantém) a criança para outro país de forma unilateral, desrespeitando a legislação do país de origem. O cenário em comento é cada vez mais comum tendo em vista a frequente formação de casais de nacionalidades distintas, bem como a dissolução de vínculos familiares.

Com efeito, o escopo da convenção é garantir que o menor retorne ao país de residência habitual com o objetivo de esse ser o foro competente para discutir a situação do menor, mormente no que tange ao direito de guarda¹⁵¹. Assim, o país de residência habitual aciona, por meio de sua autoridade central, o país de destino, no qual serão adotadas as providências necessárias ao retorno do menor para sua origem. Cumpre salientar que não é absoluta a presunção de que a criança deve retornar ao seu país original, pois a própria convenção prevê exceções a fim de garantir seu melhor interesse¹⁵².

Outros instrumentos ainda podem ser destacados, como a recente Convenção de Haia sobre Alimentos no Exterior (2007)¹⁵³ e a Convenção de Nova York sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁵⁴ (ambas oriundas da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado), dentre outras. Fato é que existem diversas normas de DIPr advindas de organismos internacionais, as quais alteram expressamente a ordem interna dos Estados com o escopo de harmonizar situações que podem ser decididas por mais de uma jurisdição.

No entanto, no âmbito do DIPr não se verifica um importante fenômeno que é chave para a compreensão das ordens jurídicas transnacionais: a existência de mecanismos de *enforcement*, monitoramento, aplicação e interpretação das normas transnacionais pelas

¹⁴⁹ ARAÚJO, 2011, p. 556-557.

¹⁵⁰ Ibid., p. 557.

¹⁵¹ SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (coord.) Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 10. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em 14/06/2018.

¹⁵² McLEAVY, Peter. The new child abduction regime in the European Union: symbiotic relationship or forced partnership? *Journal of Private International Law*. Oxford: Hart, vol. I, n. I, 2005, p. 5-7.

¹⁵³ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 9.176/2017). Registre-se que essa convenção substituiu a Convenção de Nova York sobre alimentos no exterior de 1956. Todavia, diversos casos ainda são regidos pela antiga convenção, pois ela ainda possui um número maior de ratificações, tendo uma abrangência territorial mais expressiva (informação retirada do sítio eletrônico do Ministério da Justiça do Brasil: <www.justica.gov.br>. Acesso em 17/12/2018).

¹⁵⁴ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 4.311/2002).

jurisdições internas¹⁵⁵, o que é realizado de forma bastante extensa no âmbito do comércio internacional e da proteção internacional dos direitos humanos.

Dessa forma, Terence C. Halliday e Gregory Schaffer afirmam ser característica a institucionalização da norma transnacional. No entender deles, cuida-se de um processo complexo, que tem seu ápice quando não existe mais problemas de cognição em relação à norma, sendo ela interpretada/aplicada efetivamente, tanto nos planos transnacional, nacional e local.¹⁵⁶ Outro importante conceito traçado por eles é o de recursividade da ordem transnacional, o qual tem por escopo demonstrar que o estudo de uma ordem jurídica desse tipo deve se dar em diversos níveis, passando pela sua formação, *enforcement*, aplicação e interpretação, sendo analisado o modo como ela se modifica (transforma, expande ou retrai) no decorrer dessa evolução¹⁵⁷.

Importante registrar também o que afirmam os autores em comentário já em suas conclusões:

O modelo dinâmico recursivo da institucionalização e impacto das OJT apresentado nesse capítulo estrutural repudia um conceito unidimensional e dessecado do direito. Fundamentalmente construído a partir de evidências empíricas apresentadas neste livro, esse Projeto mostra que o direito é determinado por outras forças, bem como determina essas outras forças¹⁵⁸.

Ao se tratar da questão da interpretação e aplicação do direito, impossível não lembrar que é corriqueiro que um texto normativo origine diversas normas propriamente ditas. Como já foi bastante trabalhado por diversos autores, tem-se que a norma é o fruto da interpretação do texto normativo previamente existente. Dessa forma, após o processo hermenêutico, levado a cabo pelo intérprete, é que existirá a norma jurídica¹⁵⁹.

Com efeito, não é possível prever com exatidão qual a norma que resultará da interpretação/aplicação do texto normativo. Cumpre destacar, nesse contexto, as palavras de Hans-Georg Gadamer: “a lei, enquanto estatuto ou constituição, necessita sempre de interpretação para a sua aplicação prática, o que significa, por outro lado, que toda aplicação

¹⁵⁵ HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 12-13.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 42 e ss.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 37-41.

¹⁵⁸ Tradução própria do original: “*The dynamic recursive model of TLO institutionalization and impact presented in the framework chapter repudiates a one-dimensional and desiccated concept of law. Based on and building from empirical evidence adduced in this book, this Project shows the law is both determined by other forces and determines those forces*” (HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 72).

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009 [2002], p. 82-83.

prática implica interpretação”¹⁶⁰. Desse modo, urge salientar que o mesmo texto normativo poderá ensejar mais de uma interpretação, gerando, conseqüentemente, mais de uma norma. Não há, pois, como aceitar a univocidade dos textos normativos. Como expõe Grau: “nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado ao sistema jurídico”¹⁶¹.

Aliás, mesmo Kelsen utilizava a metáfora da moldura da lei para admitir que ela possuía uma pluralidade de significados¹⁶². Ao comentar a metáfora kelseniana, Riccardo Guastini destaca que mais de uma norma pode ser extraída da moldura do texto normativo. Aprofunda, nesse passo, desenvolvendo as três formas de interpretação que expõe na sua obra: a) interpretação cognitiva, consistente em identificar a moldura; b) interpretação decisória, que concerne à escolha (caráter nitidamente constitutivo da interpretação) dentro de um dos significados contidos no texto; e, c) interpretação criativa, que se consubstancia em conferir significado não contido na moldura do texto normativo¹⁶³. Assim, a interpretação criativa acaba “alargando” o tamanho da moldura e, conforme expõe Guastini, criando direito¹⁶⁴.

Karl Larenz, ao comentar a teoria de Kelsen segue a mesma trilha. Afirma, com efeito, que “a função da sentença judicial não é só declarativa, mas também constitutiva. É um ato de produção do Direito, tal como a lei, só que situado no escalão inferior da individualização”¹⁶⁵. Assevera, ademais, que não há que se falar em interpretação certa ou errada, sendo todas igualmente certas, passíveis de serem retiradas do mesmo texto¹⁶⁶. Assim, não é apenas o texto normativo internalizado que garantirá sua aplicação uniforme pelas jurisdições internas, sendo muitas vezes necessários mecanismos de monitoramento.

Ressalte-se que vetusta doutrina do direito internacional já demonstrava essa preocupação concernente à aplicação disforme do direito internacional positivado. Nesse passo, Lassa Openheim, em artigo publicado em 1908, no qual tentava concretizar o positivismo como

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999 [1960], p. 399.

¹⁶¹ GRAU, 2009, p. 40.

¹⁶² KELSEN, 2006, p. 390-391.

¹⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 59-60.

¹⁶⁴ Veja-se: “como foi dito, a moldura (mesmo que de identificação incerta) – e com ele a interpretação cognitiva que consiste em identificá-la – serve para classificar a operação utilizada pelos intérpretes: em particular, para diferenciar entre a interpretação adequada e a criação de nova lei. Tradução própria de: “*come che sai, la cornice (anche se di incerta indentificazione) – e con essa l'interpretazione cognitiva che consiste nell'identificarla – serve a classificare le operazioni degli interpreti: in particolare, a discriminare tra interpretazione propriamente detta e creazione di diritto nuovo*” (GUASTINI, 2011, p. 60).

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6 ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012 [1960], p. 105.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 105.

método de análise do direito internacional, notadamente quanto ao estudo do direito escrito, afirma que, no campo internacional, não há um claro traçado dos poderes e das autoridades responsáveis pela elaboração e interpretação do direito, como ocorre no direito doméstico. Desse modo, a análise positivista do direito internacional se torna bastante difusa e complexa¹⁶⁷.

Interessante destacar, ademais, que havendo uma institucionalização, é possível que haja recursividade (conceito acima explanado), pois esse processo de interpretação interno da norma, aliado ao processo de interpretação pelos órgãos transnacionais, conduz a um cenário de fertilização recíproca¹⁶⁸, fazendo com que haja uma constante mutação das normas extraídas dos textos positivados.

No âmbito do comércio internacional, a questão ganha bastante relevância, pois existe uma instituição, a Organização Mundial do Comércio (OMC), no âmbito da qual são firmados diversos instrumentos com o escopo de liberalização comercial. No seu sistema, há um evoluído sistema de solução de controvérsias, o qual tem o exposto objetivo de uniformizar a aplicação das normativas firmadas pelos Estados-Membros da organização.

Observe-se, nesse passo, que o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês), firmado em 1947, gerava diversas controvérsias comerciais, mas ainda não se tinha um órgão jurídico permanente e influente para que essas disputas fossem compostas, embora já houvesse um incipiente sistema de solução de controvérsias baseado em painéis isolados¹⁶⁹. Criou-se, com efeito, a necessidade de se ter instrumentos jurídicos capazes de preencher essa lacuna, chegando-se, inclusive, a se mencionar a expressão judicialização da diplomacia¹⁷⁰ ou mesmo a concepção de uma “ordem constitucional internacional”¹⁷¹. Criou-se, desse modo, no final da Rodada Uruguai, a OMC, por meio do Acordo Marrakesh¹⁷², a qual comporta o chamado Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), a quem compete exclusivamente “deliberar sobre o julgamento de conflitos que envolvam a interpretação e aplicação dos

¹⁶⁷ OPPENHEIM, Lassa. The Science of International. Its tasks and Method. *The American Journal of International Law*. Washington/DC: American Society of International Law, vol. 2, nº 2, abr./1908, principalmente, p. 333-335.

¹⁶⁸ Expressão de Mireille Delmas-Marty (DELMAS-MARTY, 2006, p. 28).

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Luciana Maria de. *Eficácia do sistema de solução de controvérsias da OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2015, p. 43-53

¹⁷⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 99.

¹⁷¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, p. 150.

¹⁷² Internalizado pelo Brasil (Decreto nº 1.355/1994).

tratados da OMC”¹⁷³, procurando-se criar uma ideia de interpretação/aplicação uniforme dessa normativa¹⁷⁴.

O OSC é composto basicamente pelos painéis e pelo Órgão de Apelações, de modo que diversas disputas comerciais lhe são submetidas. Para os efeitos aqui debatidos, cumpre salientar que quando determinado país entende que a regra da OMC está sendo desrespeitada por outro membro da organização, ele pode acioná-lo junto ao órgão procurando reestabelecer a vigência da norma. Evidentemente que os países podem interpretar os textos normativos de forma distinta, conforme já exposto, razão pela qual há forte importância nesse órgão, o qual tem o papel de conferir previsibilidade e segurança jurídica na aplicação dos acordos comerciais firmados no âmbito da organização¹⁷⁵.

Para exemplificar o tema aqui exposto, pode-se utilizar um dispositivo de aplicação um tanto controvertida. O GATT contempla algumas exceções ao comércio internacional. Trata-se das chamadas barreiras não tarifárias, consubstanciadas em exceções ao comércio livre quando certos produtos não atenderem a determinados requisitos ambientais, consoante autoriza o art. XX do GATT¹⁷⁶. A alínea “b” do citado dispositivo permite aos Estados imporem exceções necessárias à proteção da vida humana, animal ou vegetal, bem como à promoção da saúde pública, ao passo que alínea “g” autoriza exceções relativas à conservação de recursos naturais exauríveis¹⁷⁷.

Com o propósito de evitar que as exceções aqui expostas passem a ter um caráter de restrição demasiada ao comércio internacional, o *caput* do art. XX, que funciona como um requisito de boa-fé, impõe que a medida adotada não pode consubstanciar-se em uma restrição injustificada ou arbitrária ao comércio internacional. Para tanto, a jurisprudência do Órgão de

¹⁷³ AMARAL JUNIOR, 2008, p. 105.

¹⁷⁴ THORTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana Maria de. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Uma primeira leitura*. São Paulo: Aduaneiras, 2014, p. 58-59.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, 2015, p. 90-91.

¹⁷⁶ Texto Original:” *Article XX*

General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(...)

(b) *necessary to protect human, animal or plant life or health;*

(...)

(g) *relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;*

(...)”.

¹⁷⁷ JACKSON, John H. *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Regulations*. 2 ed. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 233 e ss.

Apelações da OMC sustenta que a interpretação de tal dispositivo deve ser efetuada em duas etapas distintas. Na primeira, verifica-se se a medida contestada encontra respaldo em uma das alíneas do art. XX. Caso seja auferida essa compatibilidade, passa-se a segunda etapa, consistente no exame dos requisitos do *caput* do artigo. Assim, a medida não pode ser uma “discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde as mesmas condições prevaleçam”, nem tampouco “uma restrição disfarçada ao comércio internacional”¹⁷⁸.

O art. XX do GATT foi objeto de interessantes painéis no âmbito do OSC. No caso *US – Gasoline*, os Estados Unidos adotaram uma regra, por meio de sua agência de Proteção Ambiental (*US Environmental Protection Agency – EPA*), com fundamento no *Clear Air Act*, com o escopo de reduzir a poluição do ar em seu território. Desse modo, passou a ser permitida somente a venda de gasolina de tipo específico, com composição menos poluente. Venezuela e Brasil consideraram injustas essas regras, argumentando que os EUA estariam criando restrições injustas à importação do combustível. Tanto o painel quanto o órgão de apelação consideraram que a medida estadunidense era restrição disfarçada ao comércio, constituindo-se em medida de injustificável discriminação¹⁷⁹.

Já o caso *US – Shrimp* é resultado de uma reclamação realizada por Índia, Paquistão, Tailândia e Malásia contra o fato de as autoridades norte-americanas proibirem, com fundamento em sua legislação ambiental, a importação de camarão pescado com técnicas que pudessem implicar em ameaça às tartarugas marinhas¹⁸⁰. Primeiramente, o painel concluiu que a proibição não estava em consonância com a legislação comercial, não passando pelo teste do art. XX do GATT. O órgão de apelações, por sua vez, entendeu que o controverso regramento estava de acordo com o art. XX, alínea “g”, pois tartarugas marinhas são recursos naturais exauríveis, estando as medidas adotadas em consonância com o esforço para sua preservação¹⁸¹.

No entanto, ao analisar a compatibilidade do regramento com o *caput* do art. XX, o órgão reconheceu que os EUA utilizavam um processo de certificação unilateral, o qual poderia resultar em discriminação arbitrária, razão pela qual recomendou a adoção das medidas pertinentes, a fim de evitar a incompatibilidade do regramento com as regras de comércio

¹⁷⁸ AMARAL JUNIOR, 2008, p. 193-203.

¹⁷⁹ Caso *US – Gasoline*. DS2: *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (04/04/1996). Documentos disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm>. Acesso em 15/06/2018.

¹⁸⁰ AMARAL JUNIOR, 2008, p. 201.

¹⁸¹ Caso *US – Shrimp*. DS58 – *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (22/11/2001). Documentos disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em 15/06/2018.

internacional. Não houve, todavia, determinação de que as importações fossem realizadas independentemente da espécie regulatória contestada¹⁸². A Malásia ainda propôs outro painel argumentando que os EUA não haviam adotado as recomendações do OSC. No entanto, essa nova reclamação não prosperou tanto no painel quanto no órgão de apelações¹⁸³.

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tem uma atuação bastante ampla na interpretação dos tratados da organização¹⁸⁴. São justamente essas disputas que vêm proporcionando uma interpretação mais harmônica dos postulados constantes nos tratados comerciais multilaterais, o que é possível inferir dos casos acima retratados, de modo que uma análise empírica da jurisprudência do órgão permite observar uma verdadeira ordem jurídica transnacional na acepção aqui tratada.

No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, a situação é também bastante perceptível, de modo que diversos tratados na área contam com sistemas de monitoramento. Dessa forma, André de Carvalho Ramos costuma destacar que a apuração coletiva de violações a direitos humanos (aquela que advém de organismos internacionais e está lastreada em tratados internacionais) possui três funções: verificação (coleta de dados e monitoramento sobre o cumprimento do tratado); correção (apuração de um caso concreto e aplicação de sanções ao país que descumpra o acordado); e, por fim, interpretação. Essa última tem o efeito de uniformizar a interpretação dos tratados de direitos humanos, criando uma coesão jurisprudencial no âmbito internacional¹⁸⁵.

O referido autor afirma que a utilização de um tratado internacional com uma interpretação nacionalista, ou seja, própria do Estado signatário, chega a configurar um “truque de ilusionista”¹⁸⁶. Em outras palavras: o Estado afirma que adota o tratado, utilizando, todavia, sua interpretação, a qual considera adequada, acabando por descumpri-lo na prática. Importante mencionar que houve um alargamento normativo no direito internacional, passando a existir normas com o objetivo de regular a vida social doméstica, como ocorre com as normas de

¹⁸² Ibid., p. 202-203.

¹⁸³ Ibid., p. 203.

¹⁸⁴ Embora expressamente restrita à interpretação de tratados firmados no âmbito da OMC, fato é que OSC acaba tendo que utilizar princípios gerais de direito, tais como boa-fé, *pacta sunt servanda*, irretroatividade dos tratados (previsto no art. 28 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), proporcionalidade e pronta solução às disputas (*prompt settlement of the dispute*), dentre outros, para solucionar as controvérsias que lhe são submetidas (THORTENSEN, OLIVEIRA, 2014, p. 61-62). Alberto do Amaral Junior advoga ser necessária uma ampliação do olhar do OSC sobre tratados firmados fora da abrangência da OMC, a fim de criar uma maior coesão no direito internacional, proporcionando um “diálogo das fontes” (AMARAL JUNIOR, 2008, p. 212 e ss.).

¹⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

¹⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 501.

proteção aos direitos humanos. Assim, os países, ao firmarem tratados do gênero, passaram a apresentar certa desconfiança de que as demais nações adotassem os procedimentos previstos nesses textos, de modo que nasceu “uma aceitação galopante de sistemas de solução de controvérsias, nos quais se obtém uma interpretação internacionalista das normas”¹⁸⁷.

É esse ideal de interpretação internacionalista dos tratados de direitos humanos que vem gerando uma série de casos interessantes para serem analisados. No âmbito global, a proteção aos direitos humanos vem se desenvolvendo por meio de diversos mecanismos existente sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU), todos criados no cenário do pós-guerra com objetivo de impedir que as graves violações praticadas pelos regimes totalitários europeus se repetissem¹⁸⁸. Já na Carta da ONU, assinada em São Francisco em 26 de julho de 1945¹⁸⁹, percebeu-se uma nítida preocupação com a preservação dos direitos humanos. Contudo, cuidava-se de previsões genéricas, sem maiores impactos imediatos, uma vez que não havia qualquer consenso acerca de quais direitos deveriam ser objeto de proteção na órbita global¹⁹⁰.

Poucos anos após a formação da ONU, seu principal órgão, a Assembleia Geral, adota a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que reúne uma série de garantias básicas para as populações, especificando aqueles direitos referidos na carta de fundação¹⁹¹, incluindo tanto direitos políticos e liberdades civis (arts. I a XXI) quanto direitos econômicos, sociais e culturais (arts. XXII a XXVII). Esse caráter misto da declaração se deve ao fato de no pós-guerra existir uma intensa disputa acerca de quais direitos deveriam prevalecer: se aqueles de caráter individuais, cujo mundo capitalista estava mais disposto a incluir no documento ou aqueles de caráter social, de maior importância para o então influente bloco socialista, liderado pela União Soviética¹⁹². Embora adotado pela Assembleia Geral, o documento em comento não possui formalmente caráter vinculante¹⁹³, inobstante sua importância seja acentuada, mormente na função de interpretação original dos direitos humanos previstos na carta de formação da ONU¹⁹⁴, além de inaugurar um discurso transnacional de defesa do Estado de Direito¹⁹⁵.

¹⁸⁷ Ibid., p. 501.

¹⁸⁸ RAMOS, 2013, p. 53.

¹⁸⁹ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 19.841/1945).

¹⁹⁰ Ibid., p. 54-55.

¹⁹¹ RAMOS, 2014, p. 47.

¹⁹² DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'Universel*. Paris: Seuil, 2004, p. 56-57.

¹⁹³ Em termos de direito internacional público, a Declaração não tomou forma de um tratado, não sendo ratificada pelos Estados.

¹⁹⁴ RAMOS, 2014, p. 47-48.

¹⁹⁵ RAJAH, 2015, p. 351.

Logo após esse período surgem duas outras convenções internacionais, aí sim, com força formalmente vinculantes para os Estados que as ratificaram. Trata-se do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁹⁶ e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais¹⁹⁷, ambos assinados em 1966, com vigor a partir de 1976, quando se obteve o número mínimo de ratificações¹⁹⁸. Referidos textos consagram os direitos individuais e coletivos, conferindo-lhes normatividade. Ademais, ambos preveem mecanismos de monitoramento, previstos em seus protocolos facultativos, contando, inclusive, com direito de peticionamento de indivíduos contra seu Estado.

Além dos dois pactos acima citados, existem, ainda no âmbito das Nações Unidas, diversos pactos setoriais de relevância: Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura¹⁹⁹, Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio²⁰⁰, Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados²⁰¹, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial²⁰², a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²⁰³, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁰⁴ e a Convenção sobre Direitos das Crianças²⁰⁵, Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças²⁰⁶, Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁰⁷, Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado²⁰⁸ e Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias²⁰⁹.

A maior parte das convenções acima mencionadas possui um sistema de monitoramento de sua aplicação, encontrados principalmente nos chamados protocolos facultativos. Assim, o

¹⁹⁶ Internalizado pelo Brasil (Decreto nº 592/1992).

¹⁹⁷ Internalizado pelo Brasil (Decreto nº 226/1991).

¹⁹⁸ RAMOS, 2014, p. 148 e 155.

¹⁹⁹ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 81.234/1981).

²⁰⁰ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 30.882/1952).

²⁰¹ Inicialmente essa convenção possuía restrições temporais, sendo válida apenas acontecimentos ocorridos até 1951, e geográfica, sendo válida apenas para a Europa. Essas restrições foram eliminadas apenas em 1967 com a adoção do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. A versão original foi internalizada pelo Brasil pelo Decreto nº 50.512/1961, e o protocolo de 1967 foi internalizado pelo Decreto nº 70.946/1972.

²⁰² Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 65.810/1969).

²⁰³ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 4.377/2002).

²⁰⁴ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 40/1991).

²⁰⁵ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 99.710/1990).

²⁰⁶ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 5.017/2004).

²⁰⁷ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 6.949/2009).

²⁰⁸ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 8.767/2016).

²⁰⁹ Não ratificada pelo Brasil.

Estado precisa concordar com seu monitoramento pelas autoridades internacionais. Desse modo cria-se um sistema global ou universal para apuração das violações aos direitos humanos. Trata-se do que André de Carvalho Ramos chama de “sistema convencional” por estar lastreado em tratados formais²¹⁰.

Esse sistema convencional é formado por três diferentes mecanismos: *o não contencioso*, consubstanciado em técnicas clássicas de soluções de controvérsias no direito internacional, como *bons officios* e conciliação; *o quase judicial*, consistente na responsabilização do Estado por violações por meio de petições de outros Estado ou, ainda, por meio de petições de particulares; e, por fim, *o sistema judicial ou contencioso*, o qual ocorre quando um Estado é processado por violações junto à Corte Internacional de Justiça²¹¹.

Noutro passo, existe o chamado “sistema extraconvencional”, o qual se constitui de procedimentos especiais junto a órgãos das Nações Unidas, com fundamento no dever geral de cooperação dos Estados em matéria de direitos humanos, conforme prevê a Carta da ONU. Ele ocorre principalmente junto ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, formado por 47 membros (Estados) eleitos pela Assembleia Geral, o qual realiza a chamada Revisão Periódica Universal (RPU), fundada no sistema do *peer review*, no âmbito do qual os Estados são alvos de relatórios sobre o respeito aos direitos humanos em seus territórios, o qual é analisado por seus pares na arena internacional. Demais disso, existe a possibilidade de análise por esse Conselho de petições individuais (os chamados Procedimentos 1235 e 1503)²¹².

A influência das convenções aqui tratadas é inegável. O Brasil estabeleceu em sua própria Constituição, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual introduziu o § 3º no art. 5º, que os tratados que versem sobre direitos humanos têm eficácia constitucional desde que sejam apreciados por quórum específico junto ao Congresso Nacional (3/5 em dois turnos de cada casa legislativa – o mesmo necessário para aprovação de Emendas Constitucionais). Até o momento, a Convenção sobre Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marrakesh para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas²¹³ adquiriram formalmente esse status. Noutro giro, o STF reconhece que os tratados sobre direitos humanos que não tenham passado pelo referido quórum – a maioria já havia sido internalizada quando

²¹⁰ RAMOS, 2012, p. 75.

²¹¹ Ibid., p. 75.

²¹² Ibid., p. 105-121.

²¹³ Internalizado pelo Decreto nº 9.522/2018.

da aprovação da Emenda nº 45 – possuem eficácia supralegal, conforme decidido no Recurso Extraordinário nº 466.343²¹⁴ ²¹⁵.

No Brasil, pode-se perceber uma série de medidas legislativas com o objetivo de cumprir os deveres assumidos na seara internacional. Como exemplo, cita-se a Lei nº 9.474/1997, a qual implementa o mecanismo do refúgio no país, a criminalização do genocídio (Lei nº 2.889/1956) e da tortura (Lei nº 9.455/1997), dentre diversas outras que poderiam ser destacadas.

No âmbito dos comitês de acompanhamento das Convenções das Nações Unidas, o Brasil já foi responsabilizado em um caso²¹⁶ junto ao Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, sigla em inglês). Cuida-se do Caso Alyne Pimental Texeira vs. Brasil, no qual uma jovem, pobre e negra, foi vítima do sistema de saúde. Com efeito, Alyne estava grávida e foi levada, no dia 11/11/2002 a uma clínica privada em Belfort Roxo, no Rio de Janeiro, tendo sido aconselhada a retornar à sua residência pelo médico que a atendeu, embora apresentasse sintomas de uma gravidez de alto risco. Dois dias após esse primeiro episódio, Alyne retornou à clínica, mas seu bebê já havia falecido, tendo sido induzido o parto do natimorto. Aliado a isso, o estado de saúde de Alyne piorou bastante, tendo ela sido transferida a um hospital público após mais de oito horas de espera. Passadas mais de 21 horas sem receber assistência médica, Alyne veio a óbito no Hospital Geral de Nova Iguaçu²¹⁷.

A família de Alyne ajuizou uma demanda no Brasil, a qual somente foi julgada após dez anos de espera, condenando a clínica privada a pagar indenização à família e pensão retroativa à outra filha da vítima, que tinha cinco anos na época do falecimento. No entanto, em

²¹⁴ Nesse caso, o STF reconheceu que a prisão do depositário infiel não é compatível com a Convenção Americana dos Direitos Humanos não podendo ser praticada no Brasil, embora autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, LXVII), pois a convenção tem caráter supralegal, estando, assim, acima da lei ordinária que autorizava a utilização do instituto como meio coercitivo de pagamento de dívidas, consagrando o chamado controle de convencionalidade efetuado pela própria corte suprema. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em 15/06/2018.

²¹⁵ RAMOS, 2013, p. 253 e ss.

²¹⁶ Além desse caso, recentemente houve o episódio em que o Ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva recorreu ao Comitê de Direitos Humanos, responsável pelo monitoramento do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, asseverando que sofreu uma condenação criminal injusta pelo Judiciário brasileiro. No bojo do processo, houve a expedição de uma Nota de Informação, determinando que o país permitisse a participação do peticionante nas eleições gerais de 2018. Informação disponível no *site* da ONU: <<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23464&LangID=E>> (acesso em 17/12/2018). Destaque-se que a decisão não chegou a ser cumprida, tendo perdido seu objeto, pois o partido do ex-presidente (Partido dos Trabalhadores – PT) acabou registrando Fernando Haddad como candidato.

²¹⁷ Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brasil. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Comitê CEDAW), “Brazil: Consideration of reports submitted by States parties under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” (25/07/2011). Documentos disponíveis em: <<http://juris.ohchr.org/Search/Details/1701>>. Acesso em 15/06/2018.

novembro/2007, quando o processo já tramitava há quatro anos na justiça brasileira, ONGs peticionaram ao comitê CEDAW, narrando a situação e alegando violações à Convenção. O comitê conheceu da petição e considerou o Brasil responsável pelos danos causados à Alyne. Entendeu, nesse sentido, que o Estado que reconhece o acesso universal à saúde é responsável pelo monitoramento e regulamentação das instituições privadas que fornecem serviços da espécie, bem como que o país deve garantir a tutela judicial adequada na responsabilização de profissionais de saúde por suas ações e omissões no que tange aos direitos reprodutivos das mulheres²¹⁸.

Além do programa global de promoção dos direitos humanos, existem alguns sistemas regionais como Conselho da Europa, no âmbito do qual se encontra a Corte Europeia dos Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada sob os auspícios da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Corte Africana dos Direitos Humanos. Esses sistemas regionais contam com cortes conferindo um caráter mais jurisdicional que os comitês dos pactos onusianos. Devido ao posicionamento geográfico do Brasil, será destacado o sistema interamericano.

A Carta da OEA já previa, em seu art. 106, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teria a missão de promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente, servindo também como órgão consultivo²¹⁹. A existência da comissão consagra a existência de um sistema próprio da OEA, que consiste basicamente na promoção dos direitos humanos, principalmente por meio de relatórios acerca da situação dos países integrantes da organização, além de permitir a comunicação de violações por petições individuais²²⁰.

Em 1969, foi adotada a Convenção Americana de Direitos Humanos²²¹, após estudos desenvolvidos pela Comissão Interamericana. Nesse documento, diversas garantias foram previstas. O maior destaque, porém, foi a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José da Costa Rica. A Comissão passou a ter dupla função, mantendo as já existentes e passando a ter também o poder de denunciar junto à Corte violações levadas a elas por petições individuais²²². Registre-se que a aceitação da jurisdição da Corte é facultada aos Estados signatários, tendo o Brasil já se manifestado no sentido de reconhecê-la²²³.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ RAMOS, 2012, p. 185.

²²⁰ Ibid., p. 197-199.

²²¹ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 678/1992).

²²² RAMOS, 2012, p. 204 e ss.

²²³ Decreto nº 4.463/2002.

O Brasil já foi responsabilizado em alguns casos junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O primeiro deles foi o caso Damião Ximenes Lopes, que era um portador de deficiência mental, o qual acabou sendo assassinado quando estava internado na Casa de Repouso de Guararape (Ceará). Devido à lentidão da justiça brasileira em apurar o caso, sua família peticionou à Comissão Interamericana, a qual acabou levando o caso à Corte. O Brasil terminou responsabilizado (julgamento em 04/07/2006) por violar o direito à vida e à integridade pessoal, sendo fixadas obrigações de reparação²²⁴. O caso teve bastante importância, pois foi recomendado ao Brasil a adoção de políticas públicas antimanicomiais²²⁵.

Outro caso em que o país foi submetido à jurisdição da Corte é o *Escher e outros v. Brasil*, julgado em julho/2009. Aqui, o Brasil foi responsabilizado por ato judicial que autorizou escutas telefônicas em diversos integrantes de movimento social, mesmo sem que houvesse uma investigação formal. O pedido de interceptação partiu da polícia militar do Paraná e ocorreu em região de expressivo conflito agrário entre “sem terras” e fazendeiros, não tendo o Ministério Público sido notificado. Reconheceu-se, com efeito, a violação do direito à privacidade, à honra, à reputação e à livre associação²²⁶.

Já no caso *Garibaldi*, o Brasil foi responsabilizado por não ter cumprido sua obrigação de investigar as violações de direitos humanos. Garibaldi era um militante “sem terra”, na mesma região onde ocorreu o caso *Escher*, tendo sido assassinado por uma milícia rural. A corte reconheceu (julgamento em setembro/2009) que, passando mais de cinco anos sem ter sido concluída sequer a fase investigativa, transcorreu um prazo razoável para que o Estado houvesse solucionado o caso. Assim, concluiu-se que houve denegação da justiça criminal²²⁷.

Por fim, no caso *Gomes Lund e outros*, o Brasil foi condenado por não punir criminalmente os desaparecimentos forçados que ocorreram durante a chamada *Guerrilha do Araguaia*, no período do Regime Militar. A sentença foi proferida em 2010 e reconheceu o caráter permanente dos crimes praticados, pois, como os corpos das vítimas não foram localizados, entende-se que o crime permanece acontecendo. Vale ressaltar que as reparações

²²⁴ Caso *Ximenes Lopes v. Brasil*. Corte Interamericana de Direitos Humanos (04/07/2006). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

²²⁵ RAMOS, 2014, p. 335.

²²⁶ Caso *Eschet et al. v Brasil*. Corte Interamericana de Direitos Humanos (20/11/2009). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_ing.pdf> Acesso em 15/06/2018.

²²⁷ Caso *Garibaldi v. Brasil*. Corte Interamericana de Direitos Humanos (23/09/2009). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

civis às vítimas concedidas pelo Estado brasileiro não foram consideradas suficientes, de modo que a Corte entendeu ser imprescindível a persecução criminal²²⁸.

Nessa primeira subseção procurou-se demonstrar como as ordens globais transnacionais se desenvolveram no âmbito do direito formal. Nesse sentido, utilizou-se três áreas em que o direito definitivamente adotou um caráter transnacional. No âmbito do direito internacional privado, a prática de adotar legislações padrões em diversos países é bastante antiga, havendo instituições bastante consagradas com o escopo de harmonizar o direito, como a UNCITRAL e o UNIDROIT. No entanto, o comércio internacional e os direitos humanos trazem um ingrediente a mais: a possibilidade de monitoramento da aplicação dos postulados normativos internacionais na ordem interna do Estado, característica ínsita às ordens jurídicas transnacionais.

1.2.2. A globalização e as ordens espontâneas: fragmentação do direito internacional e atores privados

O objetivo dessa subseção é trabalhar com ordens jurídicas transnacionais criadas a partir de situações que independem do formalismo dos mecanismos clássicos de direito internacional. Nesse sentido, surge um cenário de fragmentação²²⁹ do direito internacional, marcado por um pluralismo de ordens jurídicas^{230 231}, as quais podem ter duas naturezas: 1)

²²⁸ Caso Gomes Lund et. Al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos (24/11/2009). Julgamento disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

²²⁹ Expressão de Martti Koskenniemi (KOSKENNIEMI, Martti, 2006, p. 10-11).

²³⁰ DELMAS-MARTY, 2009, principalmente, p. 20 e ss.

²³¹ Importante salientar que Terence C. Halliday e Gregory Shaffer procuram diferenciar sua teoria acerca das ordens jurídicas transnacionais do pluralismo jurídico transnacional (ou global), estudado por Martti Koskenniemi, Gunther Teubner e Peer Zumbansen, dentre outros autores. Veja-se: “Embora a teoria das OJTs se entrelace à do pluralismo jurídico, ao abordar uma pluralidade de ordens jurídicas e destacar a análise crítica em relação ao desenvolvimento e aplicação de normas jurídicas, incluindo como diferentes OJTs competem entre si, ela contrasta, em grande parte, do pluralismo jurídico em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, a teoria das OJTs imagina e avalia não apenas as tensões dinâmicas entre OJTs potencialmente conflitantes, mas também as perspectivas dos arranjos políticos e normativos que levam à cooperação e coordenação, ao estabelecimento de normas jurídicas e aos alinhamentos de OJTs em uma espécie de divisão do trabalho de normatização. Ou seja, ao contrário do pluralismo jurídico, ao abordar o direito internacional e transnacional, a teoria das OJTs aborda não apenas a análise normativa e o conflito, mas também a solução transnacional e a institucionalização de normas jurídicas que dão origem a uma OJT. Em segundo lugar, a teoria das OJT não assume uma posição normativa categórica sobre as OJTs, seja positiva ou negativa, mesmo reconhecendo as importantes implicações normativas para aqueles que tentam criar uma OJT com o objetivo de abordar problemas comuns, de uma parte, e aqueles que tentam resistir a determinadas OJTs, a fim de defender as prerrogativas nacionais e locais, de outra”. Tradução própria do inglês. Original: “*although TLO theory overlaps with legal pluralism in addressing a plurality of legal orders and highlighting contestation regarding the development and application of legal norms, including how*

derivarem de organismos, ou redes informais, transnacionais formados por órgãos estatais que atuam na arena internacional²³²; e, 2) derivarem de organismos, ou redes informais, de caráter transnacional, formadas por atores privados²³³.

O Estado contemporâneo vem passando por diversas modificações. A emergência de autoridades administrativas independentes (como as agências reguladoras) são as bases para que a administração pública deixe de ser centralizada apenas na autoridade máxima do executivo, haja vista o caráter de independência de que são dotados esses órgãos. Desse modo, elas caracterizam uma administração pública policêntrica²³⁴. Assim, o Estado deixa de ter uma estrutura de característica piramidal para se tornar policêntrico, havendo inúmeros e esparsos centros decisórios na teia administrativa, o que conduz a uma diversidade de interlocutores na seara internacional.

Nesse contexto, é importante conferir destaque à autora estadunidense Anne-Marie Slaughter. Faz-se interessante ressaltar a análise que a autora realiza acerca das novas redes de cooperação que estão surgindo na seara internacional. Ela diferencia três formas em que elas podem se apresentar: a) a primeira é aquela relacionada à existência de organizações internacionais prévias (na acepção clássica) que conferem legitimidade à rede; b) a segunda tem lastro em acordos (ou tratados) clássicos, firmados pelos poderes centrais de governo; e, c) a terceira é aquela caracterizada justamente pela espontaneidade das relações, isto é, autoridades internacionais passam a se relacionar sem nenhum marco normativo pré-existente²³⁵. Essa última forma é a que acarreta maiores mutações no cenário internacional.

Outro aspecto interessante trazido pela autora refere-se aos campos de atuação dessas redes. Consoante sua doutrina, haveria três principais modelos: a) o primeiro refere-se a redes de informações, nas quais o objetivo principal das redes vem a ser a troca de informações; b) o

different TLOs compete with each other, it contrasts with much of legal pluralism in two principal respects. First, TLO theory imagines and assesses not only dynamic tensions between potentially conflicting TLOs but also the prospects of political and normative settlements that lead to cooperation and coordination, to legal norm settling and TLO alignments in a kind of normmaking division of labor. That is, unlike legal pluralism, when addressing international and transnational law, TLO theory addresses not only normative contestation and conflict but also the transnational settlement and institutionalization of legal norms giving rise to a TLO. Second, the TLO theory takes no categorical normative position on TLOs, whether positive or negative, even as it acknowledges the important normative implications for those who attempt to create particular TLO in order to address common problems, on the one hand, and those who attempt to resist particular TLOs in order to defend national and local prerogatives, on the other hand” (HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 27).

²³² SLAUGHTER, 2004, p. 36 e ss.

²³³ TEUBNER, 2000, p.74.

²³⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267.

²³⁵ SLAUGHTER, 2004, p. 45-50.

segundo constitui-se pelas redes de *enforcement*, cujo escopo vem a ser a efetividade das políticas regulatórias em um mundo globalizado; e, c) redes de harmonização, que tem o fito de aproximar legislações vigentes no mundo²³⁶.

No campo da sociologia jurídica, a formação dessas redes vem sendo igualmente estudado. Nesse sentido, Marcelo Neves²³⁷, também citado por Deisy Ventura²³⁸, discorre sobre duas perspectivas pós-monistas para o Direito: a heterarquia de ordens plurais de Günther Teubner e a política interna mundial de Habermas.

Nesse sentido, para Teubner, os procedimentos típicos de um Estado de Direito, mormente no que tange à jurisdição, deixam de fazer parte exclusivamente dos Estados nacionais para passar a receber estímulos de diversos sistemas sociais²³⁹. Aqui, ele recorre ao arcabouço teórico da teoria sistêmica para valorar essa interação entre uma infinidade de sistemas, afirmando que “relações entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos”²⁴⁰ passam a formar uma sociedade global de direito, conjugando numerosos e esparsos sistemas e subsistemas distintos.

Teubner chama toda essa conjunção de fatores de direito vivo, ou seja, são diversas e contínuas interações entre as mais variadas ordens globais, as quais desfrutam de vitalidade²⁴¹. Assim, as relações entre os diversos sistemas jurídicos passam a ser espontâneas, ficando a legitimidade, tanto valorizada por Hans Kelsen, relegada a um segundo plano. Nesse sentido, assevera que “o novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica”²⁴².

No que tange às fontes desse novo direito mundial, Teubner afirma que se começará a trabalhar com uma infinidade de possibilidades, muitas vezes sem relação com o Estado, motivo pelo qual a Constituição perde em relevância seu papel de acoplamento estrutural entre a política e o direito.²⁴³ Defende a tese de que o direito passa a gozar de maior autonomia em relação aos Estados-nações, atuando de maneira a privilegiar mais procedimentos de interação

²³⁶ Ibid., p. 55-60.

²³⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo. Martins Fontes, 2008, p. 259.

²³⁸ VENTURA, p. 103.

²³⁹ TEUBNER, 2000, p. 76.

²⁴⁰ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas da UNIMEP*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2003, p. 13. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em 16/06/2018.

²⁴¹ Ibid., p. 14.

²⁴² Ibid., p. 14

²⁴³ Ibid., p. 15.

com outros sistemas do que propriamente a relação com o Estado e seus clássicos movimentos (produção legislativa, por exemplo).

Nesse contexto, arremata Marcelo Neves:

Essa libertação do direito em relação ao Estado nacional ocorre, segundo Teubner, com a emergência de ordens jurídicas plurais que se desenvolvem por via dos acoplamentos estruturais com os respectivos sistemas mundiais autônomos. Nesse contexto surge uma fragmentação de “*law’s global villages*”, que em desacordo com a noção de hierarquia e unidade do Direito no Estado Democrático de Direito, exige que a teoria do direito e a dogmática jurídica deem destaque “à pluralidade heterárquica de ordens globais.”²⁴⁴

Dessa exposição acerca desse novo “direito em rede”, bem como da necessidade de cooperação entre autoridades reguladoras, pode-se extrair uma conclusão principal. Devido ao fato de autoridades reguladoras deter o *know how* da aplicação das normas, a tendência é de que um intercâmbio de informações formado nesse nível tende a ser mais efetivo do que um realizado em níveis mais altos de governo.

Em matéria de concorrência, registre-se a existência da *International Competition Network* – ICN, rede informal que reúne autoridades de concorrência de diversos países²⁴⁵. No seu sítio eletrônico consta que seu objetivo é “defender a adoção de *standards* e procedimentos em políticas de concorrência, formulando propostas para uma convergência substantiva e procedimental, bem como facilitar uma efetiva cooperação internacional em benefício de membros, agência, consumidores e economias”²⁴⁶.

A “organização é voluntária e aberta a qualquer agência de concorrência nacional ou multilateral responsável pela aplicação das leis de concorrência”²⁴⁷. A ICN tem como intenção promover uma rede eficiente e efetiva no combate às práticas anticoncorrenciais, reunindo as autoridades para que elas possam trocar informações importantes para o desempenho de suas funções. Igualmente, busca junto aos setores privados e ONGs, tais como acadêmicos,

²⁴⁴ NEVES, 2008, p. 262-263.

²⁴⁵ HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 12.

²⁴⁶ Tradução própria de: *The ICN's mission statement is to advocate the adoption of superior standards and procedures in competition policy around the world, formulate proposals for procedural and substantive convergence, and seek to facilitate effective international cooperation to the benefit of member agencies, consumers and economies worldwide.* Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>>. Acesso em 16/06/2018.

²⁴⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 190.

associações de defesa de consumidores e associação de profissionais do direito antitruste, entre outros, contribuições aptas a melhorar os sistemas e a própria cooperação²⁴⁸.

De outro norte, importa salientar a existência de um grupo diretor. Tal organismo é formado por representantes de autoridades antitrustes de países desenvolvidos e em desenvolvimento, que exercem tal atividade pelo período de dois anos. Nesse sentido, a principal tarefa do órgão em apreço é prestar apoio logístico às atividades da ICN. Os grupos de trabalho (que possuem expressiva importância na rede) são indicados pelo grupo diretor, ao qual cabe, também, a tarefa de fornecer material e suporte para que tais grupos possam realizar seus projetos²⁴⁹. Noutro passo, o suporte específico da logística a ser oferecida aos participantes da rede durante as conferências anuais cabe à autoridade que sediar a reunião²⁵⁰.

Em matéria de concorrência, um interessante caso que cabe destacar é o do chamado “cartel das vitaminas”, no âmbito do qual as autoridades de concorrência tiveram uma atuação coordenada. Trata-se, na realidade, de diversos cartéis de vitaminas formados a partir do final da década de 1980, com o escopo de dominar o comércio mundial de vitaminas. Oportuno enfatizar que, entre 1989 e 1991, a La Roche detinha 46% do mercado, a BASF 18%, a Rhône-Poulenc, 8% e a Takeda, 7%, totalizando, juntas, quase 80% do mercado mundial de vitaminas, de maneira que a constituição de um cartel em nível mundial demonstrava-se extremamente factível²⁵¹.

Utilize-se os cartéis das vitaminas A e E como exemplo para demonstrar o funcionamento dos demais, que tiveram por base o *modus operandi* desses, os quais foram os pioneiros. Inicialmente, foi firmado um acordo entre a La Roche e a BASF, sendo, logo depois, convidada a Rhône-Poulenc para participar do conluio. As empresas acordaram que deveriam ser mantidas as quotas das empresas no ano de 1988²⁵², consoante o volume de vendas e que o eventual aumento do mercado deveria ser dividido proporcionalmente entre os participantes²⁵³.

²⁴⁸ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

²⁴⁹ GABAN; DOMINGUES, p. 246.

²⁵⁰ *Ibid.*, 247.

²⁵¹ MAGGI, Bruno de Oliveira; MARCIER, Elizabeth Maria. Cartel das Vitaminas S/A. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, jan. a mar./2007. p. 80.

²⁵² CADE. SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann – La Roche. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Processo nº 08012.004599/1999-18, p. 14 do voto do relator Documentos disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnW7TcM-jzF-wU_S8LK81bPvHsfhUmMV8GkPNokNbPUa>. Acesso em 16/06/2018.

²⁵³ MAGGI; MARCIER, 2007, p. 85.

A riqueza do caso para a transnacionalização do direito é o fato de a autoridade brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ter “importado” as decisões já adotadas pelas autoridades da União Europeia e dos Estados Unidos. O processo foi iniciado pela então Secretaria de Direito Econômico (SDE)²⁵⁴ com fundamento em notícias advindas do exterior acerca da existência do cartel em comento. A prova de que haveria efeitos do cartel em apreço no Brasil se deve ao fato de as empresas demandadas no processo brasileiro responderem por larga quota do mercado nacional. No fim, as empresas La Roche, BASF e Aventis foram condenadas nos termos legais²⁵⁵.

Outra rede internacional formada por autoridades reguladoras, sem interferência dos órgãos estatais centrais, é a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, sigla em inglês). Referida organização tem por escopo reunir as autoridades responsáveis pela auditoria externas das contas públicas de diversos países do mundo. Em seu sítio eletrônico consta que:

Por mais de 50 anos, vem fornecendo uma estrutura institucionalizada para as instituições de auditoria suprema a fim de promover o desenvolvimento e a transferência de conhecimento, melhorar a auditoria governamental em todo o mundo e melhorar as capacidades profissionais, reputação e influência das autoridades fiscais em seus respectivos países²⁵⁶.

O Brasil é representado na instituição por sua autoridade fiscalizadora federal, o Tribunal de Contas da União (TCU)²⁵⁷. Para se ter ideia da influência do organismo em apreço, tem-se que as Normas Básicas de Auditoria no Setor Público (NEBASPs), são formuladas de acordo com as normas emitidas pela INTOSAI, conhecidas como Normas Internacionais de Auditoria das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAIS, sigla em inglês)²⁵⁸, de modo que os padrões de auditorias adotados pelos tribunais de contas brasileiros são baseados em normas advindas de uma organização internacional espontânea, formada por autoridades reguladoras.

²⁵⁴ O processo é anterior às alterações do CADE promovidas pela Lei nº 12.529/2011.

²⁵⁵ CAMPOS VELHO, Rafael Rott de. O combate aos cartéis internacionais como parte de um novo paradigma no direito internacional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, vol. 7, n. 1, 2012, p. 7-9. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/33874/23605>>. Acesso em 16/06/2018.

²⁵⁶ Tradução própria de: “*For more than 50 years it has provided an institutionalized framework for supreme audit institutions to promote development and transfer of knowledge, improve government auditing worldwide and enhance professional capacities, standing and influence of member SAIs in their respective countries*”.

²⁵⁷ Sobre esse fato, conferir o sítio eletrônico do TCU: <<https://portal.tcu.gov.br/english-2/tcu-in-intosai/>>. Acesso em 16/06/2018.

²⁵⁸ NORMAS BRASILEIRAS DE AUDITORIA DO SETOR PÚBLICO (NBASP). Belo Horizonte: Instituto Rui Barbosa (IRB), 2015, p. 8. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-brasileiras-de-auditoria-do-setor-publico-nbasp/>>. Acesso em 16/06/2018.

Outra organização semelhante às mencionadas é a Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários (IOSCO, sigla em inglês). Essa rede foi criada em 1983 e possui o escopo de reunir as autoridades reguladoras dos mercados de valores e derivativos oriundas dos mais diversos países do globo, sendo que seu papel principal é emitir *standards* regulatórios acerca do assunto. O Brasil é representado na instituição pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM)²⁵⁹.

As instituições acima referidas são apenas alguns exemplos da existência de diversas redes internacionais despidas de fundamento em tratados internacionais formais, mas que exercem forte influência nos ordenamentos internos. O assunto, todavia, pode ganhar ainda outro elemento. Trata-se das redes totalmente privadas, as quais tem o poder de influenciar diretamente os ordenamentos dos Estados, sem que haja qualquer participação estatal na sua formulação.

Conforme já exposto, o Estado deixa, na pós-modernidade, de ser “o fundamento único de validade e do poder da lei”²⁶⁰. Caracteriza-se, com efeito, uma desterritorialização do direito. Conforme assevera Roger Cotterrel, o direito transnacional, em sua acepção, caracteriza-se como uma ordem cujas fontes e objeto de regulação não são agências estatais ou instituições fundadas em tratados internacionais, mas sim atores privados²⁶¹. Assim, conforme afirma Teubner, o direito passa a se desenvolver a partir das periferias sociais²⁶², por meio de contatos entre diversos sistemas sociais, se distanciando dos centros decisórios estatais²⁶³. A *lex mercatoria* constitui um exemplo bastante claro dessa realidade, pois o conjunto de costumes e normas formadas por comerciantes passa a ter uma influência bastante ampla no cenário internacional²⁶⁴. Cumpre salientar que o UNIDROIT, instituição formada por Estados, tem um papel relevante nos contratos internacionais, editando seus princípios sobre contratos comerciais internacionais, os quais não possuem caráter obrigatório, mas influenciam diversos atores privados. Vale ressaltar que eles podem ter aplicação quando as partes os mencionam

²⁵⁹ Informações retiradas do *site* da CVM: <http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/iosco.html>. Acesso em 16/06/2018.

²⁶⁰ TEUBNER, 2003, p. 11.

²⁶¹ COTTEREL, Roger. What is Transnational Law. *Law & Social Inquiry*. Chicago: American Bar Foundation, v. 37, n. 2, março/2012, p. 500-524.

²⁶² Periferia aqui possui a conotação de descentralização, sem a intenção de fazer referência a dicotomias globais entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

²⁶³ TEUBNER, 2003, p. 14.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 16.

expressamente nos instrumentos celebrados ou mesmo quando façam menção a “princípios gerais de direito” ou *lex mercatoria*, entre outras expressões semelhantes²⁶⁵.

Ademais, com a crescente prática da arbitragem comercial, formam-se verdadeiras ordens jurídicas privadas, as quais podem possuir entrelaçamento com o ordenamento estatal. Isso porque a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York²⁶⁶), ao assegurar executoriedade de decisões do gênero, constituídas de laudos arbitrais formados de forma autônoma em relação ao ordenamento estatal, acaba fazendo com que o poder público coloque à disposição dessa ordem privada seu poder coercitivo²⁶⁷.

Empresas privadas multinacionais (ou transnacionais) também editam suas numerosas regras que acabam afetando, de alguma forma, o cenário jurídico interno dos Estados-nação. Para exemplificar, tem-se as normas adotadas pela Walmart referentes aos requisitos contratuais a serem utilizados com seus fornecedores²⁶⁸.

Terence C. Halliday e Gregory Schaffer são claros ao afirmar que sua teoria das ordens jurídicas transnacionais incorpora regimes privados²⁶⁹. Nesse passo, existem influentes instituições privadas, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI), que edita regras acerca de cartas de crédito, as quais são utilizadas mundialmente pelo sistema bancário, sendo incorporadas pelas ordens jurídicas internas. Noutro passo, tem-se que a mesma instituição edita os Termos de Comércio Internacional (INTERCOMS, sigla em inglês), os quais são largamente utilizados e reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos internos como válidos²⁷⁰. No mesmo sentido, tem-se a atuação da Organização Internacional para Padronização (ISO, sigla em inglês) e a Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC, sigla em inglês), as quais produzem normas *standards* utilizados pelas mais diversas companhias do mundo²⁷¹.

²⁶⁵ SIQUEIROS, José Luis. Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 564.

²⁶⁶ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 4.311/2002).

²⁶⁷ NEVES, 2009, p. 196.

²⁶⁸ BACKER, Larry Catá. Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator. *University of Connecticut Law Review*. Hartford: University of Connecticut Law School, vol. 39, n. 4, 2007, p. 24 e ss. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=953216>> Acesso em 21/06/2018.

²⁶⁹ HALLIDAY; SCHAFFER, p. 14.

²⁷⁰ Ibid. p. 13.

²⁷¹ Ibid., p. 13.

Outro exemplo eloquente da situação aqui tratada é o direito desportivo (*lex sportiva*²⁷²), no âmbito do qual são editadas diversas normas por instituições privadas, as quais acabam adentrando no direito interno. Ademais de todos os regramentos de práticas desportivas, submetidas às federações e tribunais arbitrais do esporte, importante questão a ser debatida é referente aos contratos de trabalho firmados por atletas, principalmente no âmbito do futebol²⁷³. Isso porque a Federação Internacional de Futebol (FIFA) possui suas regras próprias, as quais consagram o princípio da autonomia da vontade, de forma bastante expressiva, ao passo que diversos ordenamentos estatais tendem, assim como o brasileiro, a tratar os contratos de trabalho dentro de um direito de cunho social, buscando proteção ao trabalhador²⁷⁴.

Uma organização bastante *sui generis*, que tem forte influência no contexto social hodierno, é a Corporação para Atribuição de Nomes e Números na Internet (ICANN, sigla em inglês). A instituição é responsável pela alocação do espaço de endereço de Protocolos de Internet (IP). Sua função é coordenar a administração de elementos técnicos do Sistema de Normas de Domínio (DNS, sigla em inglês), permitindo que todos os usuários da internet possam encontrar todos os endereços válidos. Para tanto, “ela supervisiona a distribuição dos identificadores técnicos exclusivos usados nas operações de internet e a delegação de normas de domínio de primeiro nível (como .com, .info, etc)”²⁷⁵. Sua sede é em Marina del Rey (Califórnia/EUA) e a instituição conta tanto com atores privados quanto públicos, estando aberta à participação de todos os interessados²⁷⁶. Dado o papel expressivamente relevante da *internet* na sociedade atual, a função dessa instituição híbrida sem fins lucrativos parece, ousa-se afirmar, muito mais essencial do que de algumas organizações interestatais formais.

Restou demonstrado nessa seção que ordens jurídicas transnacionais são uma realidade patente. Desde ordens formais e vinculantes, formadas por instrumentos de direito internacional público, até ordens privadas. Fato é que existem ordens jurídicas externas que têm condão de influenciar e serem influenciadas pelos ordenamentos jurídicos estatais, de modo que essa

²⁷² NEVES, 2009, p. 197.

²⁷³ FARIA, Thiago Silveira de. A influência do direito desportivo transnacional no ordenamento jurídico brasileiro: da reprodução de normas à aplicação direta pela jurisdição estatal. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UNICEUB, v. 12, n. 2, 2015, p. 328 e ss. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3569>>. Acesso em 03/07/2018.

²⁷⁴ NEVES, 2009, p. 204.

²⁷⁵ Informação extraída do sítio brasileiro da instituição: <<http://www.icannsaopaulo.br/port/sobre-icann.htm>>. Acesso em 21/06/2018;

²⁷⁶ Conforme informações coletadas no sítio eletrônico da instituição: <<https://www.icann.org/>>. Acesso em 21/06/2018.

realidade não pode mais ser ignorada. O passo que agora se propõe é analisar se apenas normas, em sentido clássico, podem ser consideradas para fins da análise a que se propõe.

1.3. Ordens jurídicas transnacionais: elas se limitam ao conceito clássico de norma?

O escopo dessa terceira seção do capítulo é esclarecer qual a abrangência que o presente estudo confere às denominadas ordens jurídicas transnacionais. Dessa forma, será esclarecido que essas ordens não estão adstritas ao conceito clássico de norma jurídica, compreendendo uma acepção bastante alargada, sem prejuízo de que sua gênese de influenciar, ou mesmo modificar, o comportamento alheio seja mantida. Para tanto, há uma subdivisão em duas subseções: na primeira trabalhar-se-á de uma maneira mais profícua o conceito de *soft law* e na segunda será abordada especificamente a ampliação do conceito de norma que se propõe para a presente análise.

1.3.1. A realidade do *soft law*

O chamado *soft law* já foi objeto da seção anterior, mesmo que não tenha sido especificamente mencionada essa nomenclatura. Agora, procurar-se-á trabalhar de modo mais destacado esse conceito. A expressão, por si só, remete a um direito flexível, desprovido de um poder coercitivo sancionador capaz de torná-lo obrigatório. Assim, de saída, percebe-se uma contradição com o conceito clássico de norma jurídica, de modo que é necessário decidir se *soft law* é ou não direito.

Dentre os pioneiros do estudo acerca do tema, destaca-se Prosper Weil, o qual passou a escrever sobre a possibilidade de uma normatividade relativa no direito internacional²⁷⁷. Christine M. Chinkin, outra precursora nesses estudos, procurou sistematizar a matéria. Afirmava, com efeito, que esse tipo de instrumento normativo variava desde tratados formais com obrigações flexíveis (*soft obligations*), passando por resoluções e códigos de condutas formulados e aceitos por organismos regionais e internacionais, até normas instituídas por indivíduos despidos de capacidade governamental, mas com o poder de estabelecer princípios

²⁷⁷ WEIL, Prosper. Vers une normative relative en droit international? *Revue generale de droit international public*. Paris: A. Pedrone, vol. 86, n. 1, 1982, p. 5-47.

de direito internacional²⁷⁸. Percebe-se, pois, que desde a origem da expressão, já havia certa intenção de ampliar o conceito de norma jurídica.

Nesse sentido, a definição clássica de norma jurídica é a de uma proposição mandamental ou prescritiva que indica um comportamento a ser adotado, estando, na estrutura kelseniana, no plano do dever-ser²⁷⁹ e tendo como objeto a conduta humana²⁸⁰. Uma norma²⁸¹ possui, ademais, uma expressão linguística de ordem, não de declaração²⁸². É nítida, com efeito, a necessidade de que uma norma tenha por escopo “influenciar e modificar o comportamento alheio por meio de comandos, recomendações ou advertências”²⁸³.

Karl Larenz, ao tratar da aplicação do direito, parte da premissa de que se está diante de proposições jurídicas, que na maioria das vezes constituem-se em normas de conduta para os cidadãos²⁸⁴, devendo existir um esquema lógico para sua aplicação. Nesse sentido, utiliza-se do silogismo, a fim de verificar a consequência jurídica de determinada conduta. Ou seja, se a norma prevê uma situação fática, e essa se realiza, deverá ocorrer a consequência jurídica prescrita pela norma²⁸⁵.

A validade ocupa, com efeito, um papel central na teoria clássica da norma jurídica. Isso porque a obrigatoriedade da norma advém justamente de sua validade, deixando ela de ser obrigatória se estiver eivada de invalidade²⁸⁶. A validade existirá se a norma tiver sido formulada de acordo com uma autoridade legitimamente constituída e autorizada por um poder supremo, o qual decorre da denominada norma fundamental²⁸⁷. Para os positivistas, o fundamento da norma seria o próprio Estado. Na visão purista de Kelsen, ele representa uma ordem normativa dotada de coerção²⁸⁸, de modo que a o fundamento de validade está limitado à ordem jurídica estabelecida por um Estado dotado de uma norma fundamental. Os

²⁷⁸ CHINKIN, Christine M. Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, vol. 38, n. 4, out. 1989, p. 851.

²⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986 [1979], p. 35.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 38.

²⁸¹ Manteve-se a palavra norma apenas a fim de manter a fidelidade ao texto de Kelsen. No entanto, conforme já exposto anteriormente, entendemos que a norma é fruto da interpretação de um texto normativo.

²⁸² KELSEN, 1986, p. 46-47.

²⁸³ NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional. Um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41.

²⁸⁴ LARENZ, 2014, p. 349.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 380 e ss.

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999 [1960], p. 61.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 61.

²⁸⁸ KELSEN, 2006, p. 318.

jusnaturalistas procuram, por sua vez, o fundamento de validade em algo transcendente, relacionado à natureza divina, moral ou racional²⁸⁹.

Um conjunto de normas resultará na formação de um ordenamento jurídico²⁹⁰. É justamente a partir dessa premissa, que Bobbio²⁹¹ e Kelsen²⁹², formulam o conceito de direito enquanto um sistema organizado e hierarquicamente escalonado de normas jurídicas, as quais devem ser dotadas de coesão e interpretadas em harmonia, afastando-se as incompletudes e antinomias. Para Bobbio, o direito seria um sistema normativo obrigatório quando dotado de eficácia, a qual pressupõe a utilização da coerção como forma de garantir a realização do direito²⁹³. Ademais, não seria necessária a eficácia de todas as normas do ordenamento, mas de algumas, garantindo a eficácia do sistema.

Hans Kelsen²⁹⁴ e Alf Ross²⁹⁵ vão mais longe e colocam o uso da coerção como o próprio objeto do direito, enquanto Bobbio trabalha com a ideia de que a força é um meio para a realização do direito, não seu objeto: “o objetivo de todo o legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força”²⁹⁶. De todo modo, tem-se que os positivistas clássicos não conseguem separar o direito das sanções²⁹⁷ e da ideia de escalonamento sistemático das normas jurídicas²⁹⁸.

Salem Nasser alerta que esse modelo não se adapta automaticamente ao estudo do direito internacional público, no âmbito do qual “a eficácia, a sanção e o escalonamento da ordem são, no mínimo discutíveis”²⁹⁹. Uma ordem jurídica, na visão positivista, deve ser lastreada em normas que indiquem quais são suas fontes de validade³⁰⁰. Trata-se das normas secundárias³⁰¹ ou estruturantes³⁰². O próprio Hart alerta que as normas secundárias não existem

²⁸⁹ NASSER, 2005, p. 43.

²⁹⁰ BOBBIO, 1999, p. 22.

²⁹¹ Ibid., p. 27 e ss.

²⁹² KELSEN, 2006, principalmente p. 246 e ss.

²⁹³ “Se a força é necessária para a realização do Direito, então existe ordem jurídica (isto é, que corresponde à definição que temos dado de Direito) somente enquanto se impõe pela força; noutras palavras, o ordenamento existe enquanto seja eficaz” (BOBBIO, 1999, p. 67).

²⁹⁴ Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica (KELSEN, 2006, p. 36).

²⁹⁵ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bibi. São Paulo: EDIPRO, 2000 [1958], principalmente p. 59 e ss.

²⁹⁶ BOBBIO, 1999, p. 70.

²⁹⁷ KELSEN, 2006, p. 29-30.

²⁹⁸ Ibid., p. 215 e ss.

²⁹⁹ NASSER, 2005, p. 47.

³⁰⁰ Ibid., p. 47.

³⁰¹ HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Tradução de Armindo Riberio Medes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961], principalmente p. 34 e ss.

³⁰² BOBBIO, 1999, p. 45.

no direito internacional, não havendo uma coesão única no sistema, o que não afasta a obrigatoriedade das suas normas³⁰³.

O direito internacional comporta diversos tipos de sanções, fazendo com que algumas de suas ordens sejam respeitadas em maior grau, como, por exemplo, as normativas advindas da OMC, haja vista o poder sancionatório da organização, que pode autorizar a imposição de contramedidas pelo vencedor da disputa que não viu a decisão que lhe foi favorável ser cumprida³⁰⁴. Em casos mais estremados, tem-se que o Conselho de Segurança da ONU pode impor sanções, inclusive o emprego da força armada contra o Estado que não adote suas resoluções (art. 44 da Carta da ONU). Evidentemente que nem todas as ordens jurídicas são dotadas desse caráter sancionador e algumas sequer tem esse viés, como é o próprio caso do *soft law*. De qualquer modo, não existe uma estrutura sancionadora única, dotada de um poder coercitivo centralizado na seara internacional.

No que concerne à estrutura escalonada de uma ordem jurídica, tem-se que, no direito internacional, igualmente não impera essa realidade. As fontes consagradas classicamente de direito internacional estão elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Nesse sentido, tem-se expressamente definido que os tratados, os costumes e os princípios são fontes de direito internacional, com proeminência sobre as decisões judiciais e a doutrina³⁰⁵. Com efeito, não existe hierárquica entre as fontes primárias, mormente no que tange aos tratados e aos costumes, uma vez que os princípios possuem uma função de caráter mais integrativo³⁰⁶. Assim, tem-se que existe uma tendência à utilização dos tratados internacionais com o objetivo de consolidar os costumes já existentes, mas não existe a proeminência de uma das fontes sobre outra³⁰⁷.

³⁰³ HART, 2007, p. 250-251.

³⁰⁴ Sobre o tema, ver OLIVEIRA, 2015, principalmente p. 241 e ss.

³⁰⁵ “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

³⁰⁶ SHAW, 2010, p. 97.

³⁰⁷ Ibid., p. 97.

Questão mais complexa surge quando se discute o chamado *jus cogens*, cuja definição encontra-se positiva na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1976)³⁰⁸. O dispositivo em comento afirma que é nula qualquer norma que conflite com uma norma imperativa de direito internacional³⁰⁹. O próprio dispositivo procura esclarecer o conteúdo desse conceito jurídico indeterminado como sendo aquela norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como tal e que somente pode ser modificada por norma de igual natureza. Contudo, não existe consenso sobre o que estaria inserido nesse direito imperativo, havendo uma larga aceitação de que normas como a proibição do uso da força, proibição do genocídio e direito à autodeterminação estariam por ele abarcadas.³¹⁰

Dentro desse contexto, percebe-se que é difícil analisar o direito internacional sob o prisma da hierarquia e do sancionamento. Como afirma Nasser, “as teorias do direito, em geral calcadas no paradigma do direito interno, quando se ocupam com transferir suas conclusões para a esfera internacional atingem invariavelmente resultados decepcionantes”³¹¹. Contudo, também é inegável que existe um direito internacional, responsável pela regulação de relações interestatais e mesmo interna dos Estados, conforme vem sendo tratado ao longo deste estudo. Parece necessário, desse modo, que suas normas e ordens jurídicas tenham suas especificidades reconhecidas.

O *soft law* é uma realidade no direito internacional contemporâneo, existindo uma gama expressiva de fatores para sua existência. De uma parte, os próprios Estados não conseguem, em diversas situações, formar um direito cogente, cujo descumprimento acarrete consequências jurídicas imediatas³¹². Nesse passo, o texto flexível acaba sendo uma concessão às circunstâncias do momento, de modo que o conteúdo e nível de rigidez do direito criado será fruto da situação empírica política existente³¹³.

Noutro passo, observa-se uma transformação bastante acentuada no cenário diplomático. Conforme já exposto no tópico 1.2.2, é cada vez mais corriqueiro que atores que outrora dedicavam sua atuação ao cenário jurídico interno, passem a exercer funções de caráter

³⁰⁸ Internalizada pelo Brasil (Decreto nº 7.030/2009).

³⁰⁹ “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

³¹⁰ GLENNON, Michael. De l’absurdité du droit impératif (*jus cogens*). *Revue générale de droit international public*. Paris: Édition A. Pedone, t. 110, 2007, p. 529-537.

³¹¹ NASSER, 2005, p. 48.

³¹² Ibid., p. 106.

³¹³ SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelas: Bruylant, 2001, p. 265-266.

diplomático, fazendo com que surja uma espécie de diplomacia expandida³¹⁴. Esse aumento de atores abarca tanto os reguladores públicos, que formam redes de cooperação, como os próprios agentes privados, responsáveis por instituições que influenciam o cenário jurídico interno dos países.

Nesse sentido, “essa diplomacia de contornos ampliados, mais sofisticada, mais institucionalizada, mas, igualmente muito mais complexa, tem como resultado um acúmulo do que se pode chamar de produtos da diplomacia”³¹⁵. São justamente esses produtos que possuem caráter híbrido, não sendo propriamente um direito na acepção clássica, mas que, de uma maneira expandida, acabam abarcados pelo conceito de direito ou, ao menos, “são instrumentos com vocação para a juridicidade”³¹⁶.

Como afirma Nasser, esses instrumentos são normativos no sentido mais amplo da palavra, pois exercem um papel de regulação nas relações internacionais. “O caráter normativo, nessa acepção genérica do termo, é dado pelo conteúdo, o qual, através das descrições, princípios, regras ou exortações que carrega, demonstra a pretensão de regular comportamentos e indica em que sentido e grau se pretende operar essa regulação”³¹⁷.

Nasser procura classificar esse direito flexível entre aquele advindo do Estado e aquele que possui origem em outros atores. Dentre aqueles originados pelos próprios entes estatais, chamados de “instrumentos concertados não-obrigatórios” ou “instrumentos concertados não convencionais”, dentre outros nomes, um traço comum pode ser deles extraídos: o fato de não criarem obrigações imediatas aos contratantes³¹⁸. Para Nasser, esses instrumentos são os *gentlemen's agreements*, os memorandos de entendimento, as declarações, as atas finais, as agendas e programas de ação e as recomendações³¹⁹. Todos esses instrumentos tem o escopo de influenciar as condutas dos Estados, mas não criam obrigações de direito de forma imediata, fazendo com que seu descumprimento não implique em consequências jurídicas.

Noutro passo, para Nasser existiria aqueles instrumentos produzidos por entes não estatais. Nessa seara, conforme já exposto linhas acima, encontram-se uma série de instrumentos, advindos de instituições como a ICANN, a FIFA, cortes de arbitragem, dentre outras. O autor em tela exemplifica com a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (de

³¹⁴ NASSER, 2005, p. 114-115.

³¹⁵ Ibid., p. 114.

³¹⁶ Ibid., p. 115.

³¹⁷ Ibid., p. 115.

³¹⁸ Ibid., p. 119.

³¹⁹ Ibid., p. 120-131.

04/07/1976) adotada pela Fundação Internacional Lélío Basso para os Direitos e Libertação dos Povos³²⁰. Importante incluir, noutro giro, uma terceira categoria de instrumentos: aqueles oriundos de instituições como a ICN, a IOSCO, a INTOSAI, dentre outras, formadas por fragmentos dos Estados atuantes no cenário global.

Na realidade contemporânea, os instrumentos de *soft law* existem e geram impacto jurídico. Esse é o ponto. Não se pode ignorar a existência dessa fonte normativa, vertida, como se verá adiante, nos mais diversos instrumentos, como relatórios, recomendações e indicadores. Esse contexto é relevante para o presente estudo, uma vez que seu foco está centrado no impacto das ordens jurídicas transnacionais, de modo que discussões acerca de seu caráter obrigatório ou forma ganham uma menor importância.

Não se pode desconsiderar, com efeito, que o direito ganhou uma “diplomacia alargada”, o que gerou um “conceito ampliado de direito”, fazendo com que o direito internacional (ou transnacional) seja inundado por uma gama expressiva de instrumentos que tem o escopo de influenciar os comportamentos estatais ou mesmo impactar nos ordenamentos jurídicos internos. O *soft law*, portanto, existe e é direito, mesmo que, em determinados contextos, não tivesse, aprioristicamente, esse escopo³²¹.

1.3.2. Um conceito ampliado de instrumentos normativos?

Conforme já delineado no ponto 1.3.1, os instrumentos de *soft law* compreendem um conceito ampliado de instrumentos normativos. Assim, para o modelo teórico aqui adotado, as ordens jurídicas transnacionais compreendem em seu conceito uma gama expressiva de instrumentos, com formas e conteúdos bastante diversificados. Há, entretanto, dois traços comuns a todas essas espécies: seu escopo é influenciar na ordem interna dos Estados e existe um monitoramento dessa interferência.

Consoante afirmam Terence C. Halliday e Gregory Schaffer, ordens jurídicas transnacionais tem como objetivo a produção de determinados ordenamentos com o propósito de resolver problemas. O elemento jurídico advém do fato de que as ordens desse tipo criam expectativas normativas generalizadas, as quais são compreendidas e utilizadas pelos atores

³²⁰ Ibid., p. 139.

³²¹ Um relatório do Banco Mundial, por exemplo, pode até não ter sido produzido com uma explícita intenção normativa. Porém, ao influenciar, um ordenamento jurídico interno, adquire inevitavelmente esse caráter.

sociais, dentro de contextos determinados, com o intento de estabilizar expectativas³²². Para esses autores, com efeito, uma ordem jurídica transnacional deve ser reconhecida como tal, havendo três atributos para tanto.

O primeiro atributo é o fato de “as normas serem produzidas por, ou em conjunto com, uma organização ou rede que transcenda o Estado-nação”³²³. Em nível internacional ou transnacional, essas normas podem advir de instituições “quase legislativas”, como o Conselho de Segurança da ONU, o UNIDROIT e a Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. Podem ser criadas, noutro giro, por instituições eminentemente reguladoras como a Organização Internacional da Aviação Civil (ICAO, sigla em inglês) e a Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA, sigla em inglês). Ou ainda, podem ser oriundas de cortes, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), o Tribunal Penal Internacional (TPI) ou o Órgão de Apelações da OMC. Existem, ademais, aquelas organizações despidas de formalidade, constituídas em redes informais, como a ICN e a IOSCO³²⁴, tema já enfrentado nesse trabalho.

O segundo atributo é o fato de “a ordem, direta ou indiretamente, formal ou informalmente, influenciar as instituições jurídicas internas de diversos Estados-nação na adoção, reconhecimento ou *enforcement* de suas normas”³²⁵. Nesse contexto, diferentes tipos de instrumentos jurídicos podem desempenhar esse papel, inclusive *soft law*, ao influenciar nas instituições jurídicas de um país³²⁶. Veja-se que um contrato privado internacional fundado na *lex mercatoria* pode ser reconhecido e aplicado pelo judiciário interno de determinada nação.

Verifica-se, no contexto das OJTs, uma propagação de ordens privadas que influenciam o direito interno. Por exemplo, o Guia Legislativo sobre Operações de Crédito (*Legislative Guide on Secured Transactions*) da UNCITRAL está diretamente direcionado aos legisladores de todo mundo com o objetivo de facilitar as garantias de crédito³²⁷; o Banco Mundial e o FMI utilizam instrumentos de diagnóstico como os Relatórios de Observação de *Standards* e Códigos (*Reports on the Observance of Standards and Codes – ROSCs*) com o escopo de

³²² HALLIDAY; SHAFFER, p. 11.

³²³ Tradução própria de “*the norms are produced by, or in conjunction with, a legal organization or network that transcends or spans the nation-state*” (HALLIDAY; SHAFFER, p. 12).

³²⁴ *Ibid.*, p. 12.

³²⁵ Tradução própria de: “*the norms, directly or indirectly, formally or informally, engage legal institutions within multiple nation-state, whether in the adoption, recognition, or enforcement of the norms*” (HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 13).

³²⁶ *Ibid.*, p. 13.

³²⁷ MACDONALD, Roderick A. When Lenders Have Too Much Cash and Borrowers Have Too Little Law. HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. *Transnational Legal Orders*. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 114-153.

estabelecer normas sobre o sistema financeiro a serem utilizadas pelos países³²⁸, bem como o Banco Mundial e o *World Justice Project* expõem índices de respeito ao Estado de Direito com o objetivo de alterar estruturas jurídicas internas³²⁹. O traço comum de todos esses instrumentos é que eles não são direito na acepção clássica, muito menos são normas cogentes, mas influenciam o cenário jurídico interno dos Estados. E, mais que isso, são oriundos de instituições que supervisionam a adoção e aplicação dessas “recomendações”.

Não se pode olvidar que Terence C. Halliday e Gregory Schaffer incorporam, no seu conceito de ordem jurídica transnacional, ordens privadas. Assim, tem-se diversos exemplos, como os já citados, *World Justice Project*, responsável pelo *Rule of Law index*, as normas sobre cartas de crédito criadas pela CCI (*Uniform Customs and Practices – UCP*), os termos de comércio internacional (INTERCOMS) também criados pela CCI ou os *standards* internacionais criados pela ISO, dentre diversos outros³³⁰.

O terceiro atributo utilizado pelos autores em comento é que “as normas devem ser produzidas em uma forma reconhecida de direito”³³¹. Aqui é o ponto mais nevrálgico para análise dessa tese. O que seria uma forma reconhecida de direito? Seria necessária a utilização da forma clássica de ordenamento jurídico? Assim como Terence C. Halliday e Gregory Schaffer, o presente estudo entende que não. Esse conceito abrange todo o tipo de texto que tenha o escopo de influenciar as ordens jurídicas internas, sejam eles tratados, códigos, leis modelo, regras administrativas, decisões de cortes internacionais ou cortes arbitrais, contratos comerciais, relatórios ou indicadores³³².

O importante é o escopo de impactar internamente, alterando o cenário jurídico dos Estados, seja qual for a linguagem adotada. Pouco importa se tratar de *soft* ou *hard law*. Os instrumentos podem ser qualificados como diagnósticos, relatórios ou indicadores internacionais, não perdendo a forma de uma ordem jurídica transnacional³³³. É justamente a intenção de alterar o cenário jurídico interno, aliada a criação de expectativas comportamentais, que caracteriza a ordem jurídica transnacional.

³²⁸ SHAFFER, Gregory; WAIBEL, Michael. The (Mis)Alignment of the Trade and Monetary Legal Orders. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 187-230.

³²⁹ RAJA, 2015, p. 353-367.

³³⁰ HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 14.

³³¹ Tradução própria de: “*the norms are produced in recognizable legal forms*” (HALLIDAY; SHAFFER, 2015, p. 15).

³³² *Ibid.*, p. 15-16.

³³³ *Ibid.*, p. 16.

Normas jurídicas clássicas, tais como “é proibido avançar no sinal vermelho” ou “o licitante que oferecer o menor preço deve ser contratado”, por exemplo, são bastante diferentes de um relatório *doing business* do Banco Mundial que afirma que determinado país possui um sistema judicial custoso e lento. No entanto, o intuito do relatório é, embora isso possa não estar escrito de maneira imperativa, que o país melhore o funcionamento de seu judiciário, de modo que existe invariavelmente um propósito de influenciar, ou mesmo modificar, o comportamento alheio mediante comandos, recomendações ou advertências, o que constitui o conceito de norma jurídica de Kelsen e dos demais positivistas clássicos, conforme visto no começo da Subseção 1.3.1.

Os indicadores internacionais também podem ser especialmente observados dessa forma. Inobstante não sejam normas jurídicas na acepção clássica, influenciam a estrutura e a própria produção legislativa nacional. Nesse sentido, Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury e Sally Engle Merry, apontam que a própria produção dos indicadores é um processo político, moldado pelo poder de categorizar, contar, analisar e promover um sistema de conhecimento, o qual expande seus efeitos para além dos produtores, fazendo com que eles possuam semelhanças com sistemas normativos³³⁴. Não há como negar certa similaridade com um ordenamento normativo, as quais são produzidas de acordo com um poder político prévio com vistas a atingir indivíduos diversos daqueles responsáveis pela sua produção. Ademais, tal como a lei, os indicadores exigem que um conjunto de comportamentos reais se transforme em categorias que podem ser entendidas em termos mais universalistas. Do mesmo modo, os indicadores não apenas procuram categorizar o mundo social, mas também ajudam a administrá-lo³³⁵.

1.4. Conclusões Parciais

O objetivo desse primeiro capítulo foi conceituar as ordens jurídicas transnacionais, noção determinante para o presente estudo. Primeiramente procurou-se caracterizar o direito transnacional. Assim, partiu-se de obras elaboradas há vários anos, por autores clássicos de

³³⁴ DAVIS, Kevin E.; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. The Local-Global Life of Indicators: Law, Power, and Resistanc. In: DAVIS, Kevin E.; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle (ed.). *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2015, p. 2.

³³⁵ *Ibid.*, p. 2.

direito internacional, com o objetivo de verificar se o *jus gentium*, por eles explorado, já possuía traços de um transnacionalismo apto a impactar e limitar as ordens estatais internas. Verificou-se, com efeito, que, desde os primórdios, o direito internacional é voltado para influenciar, de uma forma ou outra, o cenário jurídico interno.

Em um segundo momento, fez-se menção mais detalhada a autores fundamentais que buscaram incorporar o direito internacional ao direito interno (ou vice-versa): Kant e Kelsen. O primeiro com um caráter bastante idealista, imaginava um futuro no qual haveria uma constante cooperação entre os Estados conduzindo ao ideal de paz perpétua. Já Kelsen partia de premissas bastante teóricas buscando justificar, em seus modelos, a validade do direito internacional frente ao direito interno.

Em contraposição a essa primeira seção, a segunda teve por objeto analisar o contexto hodierno, procurando, por meio de observações empíricas, analisar se existem ordens jurídicas transnacionais que influenciam o direito estatal interno. O resultado é positivo, encontrando-se uma gama expressiva de situações nas quais isso ocorre. Nesse momento, a obrigatoriedade e a validade do direito internacional perdem a relevância que tinham na avaliação dos autores clássicos. A essência da averiguação passa a ser a influência real que ordens jurídicas transnacionais possuem no cenário interno. A conclusão extraída é que diversos instrumentos, inclusive privados, acabam afetando a ordem interna.

Por fim, a terceira seção teve por objeto esclarecer qual o nível de abrangência do termo ordem jurídica transnacional. Assim, procurou-se demonstrar que o direito tem por escopo influenciar na conduta alheia criando expectativas comportamentais, sendo que suas normas clássicas tem um caráter eminentemente mandamental e obrigatório cujo descumprimento implica em uma consequência jurídica (geralmente uma sanção). Todavia, existe uma gama expressiva de instrumentos normativos que, mesmo não sendo direito em uma primeira leitura, acabam tendo o mesmo escopo de influenciar, ou mesmo modificar, o comportamento alheio. Desse modo, relatório, códigos de conduta, indicadores, diagnósticos, dentre outros, passam a estar abrangidos pela concepção proposta.

Dentro desse contexto, restou evidenciado que a teoria das ordens jurídicas transnacionais não rompeu um paradigma metodológico de análise do direito internacional, pois diversos autores, inclusive clássicos, já aceitavam a premissa de que o direito internacional impacta no direito estatal interno. Essa abordagem, no entanto, traz quatro contribuições essenciais para a compreensão do panorama jurídico global contemporâneo: 1) as interações entre direito interno e internacional passam a ser o próprio objeto de estudo; 2) a problemática

principal deixa de ser a obrigatoriedade ou a validade das normas internacionais para ser o impacto efetivo por elas causado; 3) o conceito de instrumento normativo é ampliado, sendo a ele incorporado qualquer texto com contorno jurídico que tenha o escopo de influenciar o ordenamento jurídico doméstico, independentemente da forma em que se constitui; e, 4) o impacto do direito local em normas regionais e globais também passa a ser objeto de exploração.

Nos próximos capítulos, restará bastante claro o porquê de se adotar a teoria das OJTs como paradigma de análise do objeto de estudo. Assim, no Capítulo 2, será explorado o processo de internacionalização das normas anticorrupção a partir da legislação interna e da pressão diplomática exercida pelos Estados Unidos. Já nos dois últimos capítulos, será empreendida uma análise focada nas interações entre as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção e a legislação brasileira sobre a responsabilização da pessoa jurídica.

Em conclusão, pode-se afirmar que ordens jurídicas transnacionais são aqueles instrumentos formados por, ou com auxílio de, instituições transnacionais, com o objetivo de influenciar e impactar no cenário jurídico estatal interno dos países (mesmo que esse propósito não esteja explícito ou seja imperativo), contando, ainda, com mecanismos de monitoramento que permitam a análise de sua cognição, aplicação e interpretação pelas autoridades internas. Não se pode olvidar, por derradeiro, que organismos estatais podem influenciar na ordem jurídica transnacional, consagrando o mecanismo da recursividade.

CAPÍTULO 2. MECANISMOS ANTICORRUPÇÃO COMO ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

Caracterizadas as ordens jurídicas transnacionais no capítulo anterior, agora serão tratadas especificamente daquelas voltadas ao controle da corrupção, a fim de permitir que, no Capítulo 3, seja trabalhado especificamente o tema central do presente estudo. Desse modo, o escopo dessa etapa é expor o surgimento do combate à corrupção no âmbito global, a partir das experiências norte-americanas, bem como uma análise sistemática das ordens jurídicas anticorrupção que envolvem o Brasil, a fim de traçar um panorama do objeto de estudo.

O presente capítulo foi, para tanto, dividido em duas seções. A primeira (2.1) é voltada à análise do surgimento da legislação estadunidense destinada ao combate à corrupção transnacional, a qual é caracterizada pela antiga prática de empresas multinacionais do país de oferecer suborno a autoridades estrangeiras, em países destinatários de seus investimentos diretos. O surgimento da legislação é objeto do subtópico 2.1.1. Conforme será estudado, essa proibição do suborno transnacional acabou sendo internacionalizada por pressão do próprio empresariado norte-americano, o que será objeto de estudo da Subseção 2.1.2.

A segunda seção (2.2) tem por escopo analisar as ordens jurídicas transnacionais que abrangem o Brasil. Desse modo, serão estudadas, em cada subseção, três convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, todas elas patrocinadas por importantes organizações internacionais (OCDE, OEA e ONU). Por fim, ainda será destinado um subtópico a exemplificar algumas ordens jurídicas transnacionais anticorrupção de caráter informal que igualmente tem o condão de influenciar o ordenamento doméstico. Ao final, serão tecidas algumas conclusões parciais.

O objetivo do presente capítulo é, portanto, reconstruir o cenário do surgimento das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção partindo de seu contexto histórico. Essa análise permitirá perceber a existência de um fenômeno de caráter recursivo, o qual permitiu, de certo modo, a internacionalização da legislação inicialmente adotada pelos EUA, a qual, posteriormente, passou a servir como uma espécie de modelo para outras nações, sendo o processo de “exportação” da legislação permeado por ordens jurídicas transnacionais.

2.1. O combate à corrupção corporativa nos Estados Unidos e a internacionalização do tema

Essa seção é destinada a estudar o movimento que levou à criação de diversas ordens jurídicas transnacionais contra a corrupção. Conforme será analisado, o surgimento dessas ordens deve-se, em grande parte, à pressão do governo norte-americano em internacionalizar seus instrumentos de combate à corrupção transfronteiriça. Desse modo, o primeiro subtópico destina-se a traçar um panorama acerca do surgimento da legislação estadunidense sobre o assunto (FCPA). Já o segundo tem por escopo traçar um panorama acerca dos esforços diplomáticos que conduziram à criação de ordens transnacionais com o escopo de controle da corrupção.

2.1.1. O escândalo Watergate e o surgimento do FCPA

O mês de junho de 1972 pode ser considerado um grande marco para o início do combate à corrupção em âmbito global e para o desenvolvimento das ordens jurídicas transnacionais acerca do tema. No dia 17 do referido mês, cinco homens foram presos ao tentarem instalar equipamentos de espionagem no Comitê Nacional do Partido Democrata dos Estados Unidos. Posteriormente, apurou-se, com a ajuda da imprensa (notadamente do periódico da “*The Washington Post*”), que pelo menos um dos envolvidos era empregado assalariado do comitê responsável pela campanha à reeleição do então presidente republicano Richard Nixon³³⁶. Era o início do maior escândalo de corrupção da história norte-americana, que ficou notoriamente conhecido como “Caso Watergate”, em razão do nome do complexo de prédios comerciais onde estava localizado o comitê do Partido Democrata.

Em consequência do flagrante, foi apurado que havia um esquema de utilização de fundos de campanhas, inclusive não contabilizados (“caixa dois”), pelos republicanos, com o objetivo de investigar seus adversários políticos, obtendo importantes informações eleitorais. O escândalo, todavia, não surtiu efeito no curto prazo, sendo o presidente Nixon reeleito para um segundo mandato. Registre-se que, na época, não ficou clara sua participação, ou mesmo

³³⁶ SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. *The American Journal of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 50, outono/2002, p. 593.

ciência, dos fatos ilícitos³³⁷. No ano de 1973, contudo, a sorte do presidente começou a mudar, pois o Senado instaurou uma comissão especial para investigar os fatos.

No bojo dessas investigações, apurou-se que diversas empresas financiadoras das campanhas eleitorais repassavam dinheiro por meio de fundos não contabilizados (“caixa dois”), possivelmente destinados a pagamentos ilícitos. Embora não fosse o escopo principal das investigações, acabou-se descobrindo que diversas empresas utilizavam desse expediente para subornar governos estrangeiros³³⁸. A situação do governo republicano, por sua vez, começou a piorar bastante com o avanço das investigações, as quais apontaram a ciência do presidente acerca das ilegalidades cometidas por sua campanha. Ao mesmo tempo, foi descoberto que o vice-presidente, Spiro Agnew, teria aceitado suborno quando ocupava o cargo de governador de Maryland, o que resultou em sua renúncia, sendo indicado para o seu lugar o líder do Partido Republicano na câmara dos deputados, Geraldo Ford. Posteriormente, em 09 de agosto de 1974, Nixon acabou renunciando ao seu mandato em virtude da abertura de um processo de impeachment, sendo substituído por seu novo vice³³⁹.

Esse capítulo da história estadunidense serviu como um gatilho para que fosse descoberta uma prática bastante comum entre as empresas transnacionais originárias do país: o suborno a agentes públicos estrangeiros em troca de favores que facilitassem os negócios no país hospedeiro de seus investimentos, o que restou claro no relatório apresentado pelo Procurador Especial do Caso Watergate. Essa situação levou que a *United States Securities and Exchange Commission* (SEC), agência governamental responsável por fiscalizar o mercado de capitais no país, criasse um programa voluntário de colaboração para que as empresas confessassem suas condutas delituosas, obtendo benefícios³⁴⁰.

Esse contexto levou, ao conhecimento da SEC, a prática comum das empresas transnacionais americanas de subornar autoridades estrangeiras, notadamente de países em desenvolvimento, destinatários preferenciais de investimentos estrangeiros diretos. Apurou-se, com efeito, que, pelo menos, US\$ 300 milhões de dólares foram utilizados por 400 empresas estadunidenses para subornar autoridades de governos estrangeiros. Dentre elas, tem-se que a *Bell Helicopter*, subsidiária da *Textron, Inc.* admitiu pagamentos ilegais em Gana e no Irã, a

³³⁷ Ibid., p. 593-594.

³³⁸ FERREIRA, Luciano Vaz. *A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?* Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre: 2015, p. 55.

³³⁹ Ibid., p. 55-56.

³⁴⁰ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 10.

Gulf Oil Corporation confessou subornos em diversos países, incluindo US\$ 4 milhões para o partido do governo da Coreia do Sul, a *General Tire & Rubber Company* assumiu subornos na Argélia, no México e na Venezuela e a *Exxon Corporation* assumiu subornos em 50 países. As consequências dessa política afetaram também países cujas autoridades foram subornadas, pois acarretou, por exemplo, a renúncia do primeiro-ministro japonês Tanaka Kakuei, o qual foi acusado de receber US\$ 2 milhões para influenciar a compra, pela empresa de transporte aéreo *All Nippon Airways*, de aviões fabricados pela *Lockheed Jetliners*, e na renúncia do presidente italiano Giovanni Leone, acusado de favorecer a mesma *Lockheed* na compra de aeronaves militares para a Itália³⁴¹.

Com a apuração de diversos escândalos no contexto do caso Watergate, surge o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), legislação com o objetivo de coibir práticas corruptas de empresas estadunidenses no exterior³⁴², a qual veio a sofrer fortes alterações em 1988 e 1998³⁴³. O principal objetivo dessa legislação é impedir que empresas estadunidenses corrompam autoridades estrangeiras a fim de obter vantagens em seus negócios. Ela não se aplica, desse modo, aos agentes públicos estaduais e federais, os quais ficam sujeitos à legislação própria.

A legislação norte-americana tem como um de seus principais sustentáculos a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a qual existe desde o *Sherman Act* (1890), legislação voltada ao combate dos cartéis e defesa da concorrência. A Suprema Corte ampliou essa responsabilização da pessoa jurídica ao fixar o precedente oriundo do caso *New York Central & Hudson River Railroad Company v. US* (1990)³⁴⁴, sendo a teoria atualmente largamente aceita pela doutrina e jurisprudência³⁴⁵. Importante ressaltar que a própria tradição do *common law*, que não possui um direito administrativo desenvolvido, ainda mais na sua modalidade sancionatória, contribuiu bastante para o desenvolvimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁴⁶.

A teoria da responsabilidade vicarial (*vicarious responsibility*) é, com efeito, largamente aplicada pelos tribunais estadunidenses. Ela parte da premissa de que, para ser configurada a responsabilidade da pessoa jurídica, é necessário que uma pessoa natural, a qual tenha atuado

³⁴¹ SCHROTH, 2002, p. 595.

³⁴² *Ibid.*, p. 301-302.

³⁴³ ZAGARIS, Bruce; OSHRI, Shaila L. The emergence of an international enforcement regime on transnational corruption in the Americas. *Georgetown Journal of Law and Policy in International Business*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, v. 30, 1999, p. 57.

³⁴⁴ SAMAHA, Joel. *Criminal Law*. 10 ed. Belmont: Wadsworth, 2011, p. 221-222.

³⁴⁵ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 219 e ss.

³⁴⁶ VERÍSSIMO, Carla. *Compliance. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

no exercício de suas funções orgânicas na companhia, pratique ato irregular que beneficie, mesmo que em parte, a pessoa jurídica. Essa abordagem aplica-se ao FCPA e tem origem na teoria realista da empresa. Registre-se que não é possível afastar totalmente a responsabilidade da pessoa jurídica apenas demonstrando a existência de regras próprias e programas de *compliance*. O guia de aplicação dessa legislação (*The US Sentencing Guidelines*), todavia, traz diversas hipóteses em que pode haver atenuação da responsabilidade da empresa caso reste configurado um sistema próprio para evitar o cometimento de ilícitos por seus prepostos³⁴⁷.

O FCPA está em vigor desde 1977 e possui certas peculiaridades, tendo sofrido importantes emendas em 1988 e 1998³⁴⁸. O escopo da legislação, conforme já demonstrado, foi proibir o suborno a autoridades estrangeiras praticadas por agentes e empresas norte americanas que possuam investimento no exterior. Seu âmbito de aplicação é bastante ampliado, tendo como sujeitos ativos do suborno quaisquer executivos, diretores, empregados ou agentes de qualquer espécie que ofereçam vantagem indevida à autoridade estrangeira com o objetivo de obter benefício. O conceito de sujeito passivo também é expandido para qualquer autoridade que possua poder de influência sobre os interesses daquele que oferece o suborno ou ainda candidatos e partidos políticos. Essa legislação aplica-se, portanto, tanto à empresa propriamente dita quanto às pessoas físicas envolvidas³⁴⁹.

Nesse contexto, percebe-se que o instrumento em estudo possui o escopo exclusivo de atingir condutas ilícitas praticadas por empresas ou indivíduos estadunidenses no exterior. Evidentemente, não se destina a punir as próprias autoridades e agentes estrangeiros, os quais não são alcançados pelo poder punitivo dos EUA. Todavia, conforme acima reportado, revelações de casos de corrupção obtidas por meio de investigações conduzidas com base no FCPA podem trazer desdobramentos internos nos países cujas autoridades se deixaram ser subornadas. Obviamente que compete às autoridades nacionais do país promover a responsabilização de seus agentes públicos. Esse panorama legislativo norte-americano levou um esforço diplomático para internacionalizar o combate à corrupção, conforme será estudado nos tópicos seguintes.

³⁴⁷ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 219.

³⁴⁸ ZAGARIS; OSHRI, 1999, p. 57.

³⁴⁹ EUA. *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em 12/10/2018.

2.1.2. A internacionalização do combate à corrupção

A posição adotada pelo governo dos EUA despertou fortes críticas em seu cenário doméstico. Isso porque grande parte do empresariado norte-americano passou a ser contrário ao FCPA, sob a alegação de que ele criava vantagens competitivas para empresas transnacionais oriundas de outros países, as quais poderiam praticar atos de corrupção sem sofrer sanções de seu próprio país³⁵⁰. Como a revogação da legislação acarretaria perigosos prejuízos políticos frente à opinião pública, os Estados Unidos passaram a protagonizar um movimento pela internacionalização do combate à corrupção³⁵¹.

Por essas razões, o governo norte-americano passou a adotar um forte esforço diplomático para internacionalizar a matéria do combate à corrupção. A primeira tentativa foi por meio do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (ECOSOC, sigla em inglês) da ONU. Houve, assim, um grande esforço para a negociação de um tratado de aplicação global ainda no final dos anos 1970. Ocorre que, devido às diferenças entre norte e sul e ocidente e oriente, ainda bastante evidenciadas na época, o projeto acabou sendo abortado em 1979³⁵². Não se pode olvidar, dentro desse contexto, que o fórum que pareceria mais adequado para essas discussões seria o então Centro das Nações Unidas Sobre Empresas Transnacionais (*United Nations Centre on Transnational Corporations*), criado em 1975 e extinto em 1992³⁵³. Ocorre que, nesse órgão, havia grande protagonismo dos países em desenvolvimento, o que causava forte receio de desvio das discussões para temas mais imprevisíveis, considerando a possibilidade de a discussão ser conduzida por países tradicionalmente hospedeiros de investimento direto estrangeiro³⁵⁴.

Dentro desse contexto, no decorrer da década de 1980, a pressão dos empresários estadunidenses para abolir o FCPA ou criar melhores condições de competição por investimentos diretos estrangeiros aumentou. Passaram a ser publicados diversos relatórios pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos demonstrando perdas de investimento sofridas

³⁵⁰ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 11.

³⁵¹ FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seu reflexo no Brasil. In: MOROSINI, Fábio. (coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 302.

³⁵² PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 12.

³⁵³ MORAN, Theodor H. The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact. *Transnational Corporations*. Genebra: UNCTAD, vol. 18, n. 2, Agosto/2009, p. 92-93. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/diaeiia200910_en.pdf> Acesso em 23/07/2019.

³⁵⁴ Os Estados Unidos chegaram a demandar formalmente o órgão, o qual respondeu com a criação de um Grupo de Trabalho (Resolução nº 2041 de agosto de 1976). Ver FERREIRA, 2015, p. 63-65.

para empresas estrangeiras que utilizavam subornos como prática. Esse cenário doméstico acabou desaguando na reformulação da legislação de 1988, a qual criou, dentre outras alterações, uma obrigação para o presidente negociar com os principais competidores internacionais uma ordem internacional anticorrupção³⁵⁵.

Essa situação levou o governo norte-americano a propor o início de discussões no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³⁵⁶. Essa organização tem por escopo a promoção do desenvolvimento econômico e social em todo o planeta³⁵⁷, tendo tido importante papel no pós-guerra, notadamente no que concerne à implantação do Plano Marshall na Europa³⁵⁸. Popularmente conhecida como “clube dos ricos”, essa entidade reúne as economias mais desenvolvidas do planeta e tem uma ideologia fortemente liberal. O Brasil não é membro efetivo da organização, sendo, todavia, considerado um parceiro-chave. Recentemente, em 2017, o país apresentou sua aplicação para se tornar membro efetivo³⁵⁹.

Destaque-se que, embora as discussões tenham iniciado na OCDE, não havia um consenso dentro do governo acerca de qual seria o melhor lugar para as negociações avançarem. Devido à longa descrença que o país tinha em relação à ONU, parecia ser um consenso que essa não seria a melhor organização para travar as discussões acerca da temática em comento. Noutro passo, o GATT aparecia como uma opção interessante, dado a seu próprio escopo de regulação do comércio internacional, embora fosse despido de uma institucionalidade relevante antes da criação da OMC.³⁶⁰

A situação passou a tomar um contorno mais efetivo na arena internacional quando, em 1989, o então G7 passou a se interessar por negociar uma convenção anticorrupção. Assim, após a adoção da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas³⁶¹, foi criado o Grupo de Ação Contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (FATF³⁶², sigla em inglês), o qual solicitou cooperação da OCDE, a fim de

³⁵⁵ Ibid., p. 12-13.

³⁵⁶ Ibid., p. 13.

³⁵⁷ Informação extraída de seu sítio eletrônico oficial – <www.oecd.org> (acesso em 17/12/2018).

³⁵⁸ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 13.

³⁵⁹ OCDE. *Brazil: a key partner for the OECD*. Paris: 2018, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>>. Acesso em 12/10/2018.

³⁶⁰ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 13.

³⁶¹ Internalizada pelo Brasil: Decreto nº 154/1991.

³⁶² *Financial Action Task Force on Money Laundering*.

secretariar inicialmente o grupo, bem como utilizar sua expertise na adoção de *soft laws* e procedimentos de *peer review*³⁶³.

Importante ressaltar que, em 1989, a ideia de se trabalhar o combate a corrupção de um ponto de vista transnacional já não era inédita. A própria OCDE lançou mão de um Guia para Empresas Multinacionais ainda em 1976, o qual acabou ganhando diversas versões atualizadas. Há que se ressaltar, contudo, que a proliferação de investimentos estrangeiros, em decorrência da globalização, cresceu exponencialmente durante o fim do Século XX e início do XXI. Assim, no final da década de 1980, havia um certo ceticismo na própria OCDE, não havendo interesse na matéria por parte das empresas ou mesmo da sociedade civil. De outra parte, o forte *lobby* doméstico das empresas estadunidenses se intensificou, notadamente durante o Governo George Bush (pai)³⁶⁴.

Esse contexto conduziu a um acirramento do esforço diplomático dos Estados Unidos a fim de tratar a matéria em diversos âmbitos. Nasceu, assim, a “Recomendação de 1994”³⁶⁵, adotada pelo Conselho da OCDE³⁶⁶, cujo escopo era instar os Estados-Membros da OCDE a adotar políticas que coibissem o suborno a agentes estrangeiros por parte de suas empresas nacionais. Evidentemente que essa recomendação não tinha qualquer efeito vinculante. Todavia, teve um importante impacto político e instigou que os governos dos países membros da organização passassem a se debruçar sobre a matéria, inclusive oferecendo contribuições. Ademais, instituições não governamentais, notadamente a Transparência Internacional, se interessaram, passando a contribuir com o desenvolvimento da matéria³⁶⁷.

A Recomendação de 1994 teve outro papel fundamental: estabelecer o Grupo de Trabalho sobre Suborno Internacional (WGB, sigla em inglês³⁶⁸). Os objetivos iniciais do grupo eram, conforme o texto da Recomendação: 1) realizar revisões regulares das medidas tomadas pelos países-membros para implementar a Recomendação; 2) examinar tópicos específicos acerca de suborno internacional; 3) servir como um fórum de consultas; 4) explorar a possibilidade de associar país não membros ao esforço; e, 5) em cooperação com o Comitê de Assuntos Fiscais, examinar o tratamento fiscal dos subornos. O WGB adquiriu posteriormente

³⁶³ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 13.

³⁶⁴ Ibid., p. 14-15.

³⁶⁵ OCDE. *Recommendation of the council on Bribery in International Business Transactions*. Paris: 1994. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/1952622.pdf>>. Acesso em 16/10/2018.

³⁶⁶ Principal órgão deliberativo da organização, formado por representantes de todos os Estados-membros.

³⁶⁷ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 16.

³⁶⁸ *Working Group on Bribery in International Business Transactions*.

importante protagonismo na confecção da Convenção da OCDE sobre Suborno Internacional e no monitoramento de sua implementação.

Em 1996, o WGB emitiu um relatório, o qual foi acatado pelo Conselho da OCDE, no sentido de que seria necessária uma ação coordenada para criminalizar o suborno transnacional no âmbito global. Esse relatório marcou uma importante etapa na evolução do sistema anticorrupção da OCDE, pois o Conselho encarregou o WGB de analisar possíveis instrumentos para facilitar essa criminalização em diversos países. Desse modo, passou-se a trabalhar na ideia de adotar uma convenção internacional sobre o tema. Em 1997, passou-se a discutir uma forma de reestruturar a Recomendação de 1994 para que ela passasse a ser mais específica e abrangente ³⁶⁹. O próximo passo seria, inexoravelmente, a adoção de uma convenção sobre o tema.

Cumprе salientar que, desde seu surgimento, em 1994, o entendimento do WGB era no sentido de focar em um sistema de *soft law* com o escopo de espalhar legislação anticorrupção transnacional pelo mundo. Todavia, no final das negociações sobre a reformulação da Recomendação de 1994, alguns países, liderados por França e Alemanha, passaram a defender a tese de que a criminalização somente seria, de fato, adotada por diversos Estados caso houvesse um instrumento formal e vinculante acerca da matéria, sugerindo ainda que a matéria fosse tratada no âmbito de organizações internacionais abrangentes, como a ONU e a OMC³⁷⁰.

Essa situação forçou o WGB a agir de forma mais concreta, a fim de manter seu protagonismo. Assim, o órgão passou a trabalhar com afinco na formulação de uma proposta de um instrumento formal acerca do suborno transnacional. Paralelamente, em maio de 1997, foi editada uma nova Recomendação pelo Conselho da OCDE, revisando a de 1994, a qual ficou conhecida como “Recomendação Revisada de 1997”³⁷¹. Ela abordou de forma bem mais aprofundada a questão do suborno transnacional, entrando em minúcias que a Recomendação de 1994 não tratava³⁷². Ela serviu como uma espécie de esboço da convenção que viria a ser assinada no mesmo ano.

Entre junho e agosto de 1997, uma primeira versão de uma convenção foi elaborada, com fundamento nas contribuições da Alemanha, da Itália, dos Estados Unidos e do próprio

³⁶⁹ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 17-18.

³⁷⁰ Ibid., p. 19.

³⁷¹ Seu nome oficial é: *Revised recommendation of the council on combating bribery in international business transactions*.

³⁷² OCDE. *Revised recommendation of the council on combating bribery in international business transactions*. Paris: 1997. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En)>. Acesso em 07/11/2018.

secretariado da OCDE. Após aperfeiçoamentos, em encontros ocorridos em outubro e novembro, a denominada “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” foi finalizada e assinada, em Paris, pelos Ministros representantes na OCDE em 17 de dezembro de 1997³⁷³.

É importante registrar que essa forma bastante rápida de elaboração e assinatura da convenção somente ocorreu devido à enorme pressão política que as grandes potências mundiais fizeram. A essa altura, os seus respectivos contextos políticos domésticos já se encontravam em situação semelhante ao ocorrido nos EUA, havendo pressão para adoção de uma convenção contra o suborno transnacional, pois, além dos problemas relativos à concorrência desleal praticada por empresas corruptoras, havia também um crescente cenário de insegurança jurídica. A convenção, assim, entrou em vigor em 15 de fevereiro de 1999, após a ratificação de diversos países, incluindo Canadá, Alemanha, Japão, Reino Unido e Estados Unidos, que formalizaram a adesão ao instrumento ainda em 1998³⁷⁴. É de se ressaltar que, embora gestada no seio da OCDE, o instrumento é aberto a qualquer país que manifeste interesse. Ratificar a convenção se tornou, desse modo, uma espécie de “certificado de qualidade” para que os países continuassem a receber investimentos diretos estrangeiros. O Brasil, classicamente um receptor desse tipo de investimento, ratificou a convenção em 24 de agosto de 2000, estando a normativa internalizada³⁷⁵.

É necessário se atentar também para o fato de, na década de 1990, as preocupações decorrentes Guerra Fria terem se dissipado com o colapso da União Soviética. Desse modo, o apoio dos EUA a regimes ditatoriais em nome da “segurança nacional” perdeu a razão de existir, fazendo com que despontasse uma necessidade de proteger as novas democracias que surgiam e se mostravam vulneráveis à corrupção, possibilitando um modelo mais transparente para garantir a circulação de bens e serviços em um cenário de globalização³⁷⁶.

Além das negociações no âmbito da OCDE, os EUA propuseram a adoção de uma convenção interamericana anticorrupção sob os auspícios da OEA, tendo em vista seu interesse na região, historicamente considerada sua zona de influência. Essa convenção, embora bem mais tímida que a da OCDE, tem importância para o presente estudo, pois o Brasil é

³⁷³ Ibid., p. 19.

³⁷⁴ Ibid., 20.

³⁷⁵ Decreto nº 3.678/2000.

³⁷⁶ FERREIRA, 2017, p. 303.

signatário³⁷⁷. O referido instrumento foi assinado em 1996, pouco antes, portanto, da Convenção da OCDE.

A Convenção da OEA foi pioneira no esforço de internalização de normas anticorrupção e teve papel importante, pois a estratégia de regulação adotada – criar obrigações aos Estados signatários de criar normas específicas anticorrupção – acabou sendo adotada nos instrumentos supervenientes. De outra parte, diferentemente da convenção da OCDE, seu escopo é bem mais amplo, pois trata da matéria de modo abrangente, não se restringindo à questão da corrupção transnacional, embora ela esteja presente em seu corpo³⁷⁸.

Nesse contexto global, foram elaboradas também diversas convenções regionais anticorrupção. Na Europa, foram assinadas a Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias (1995), a Convenção da União Europeia sobre a Luta contra a Corrupção envolvendo Oficiais Comunitários ou Oficiais dos Estados-membros (1997), a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (1999) e a Convenção Civil sobre Corrupção do Conselho da Europa (1999). Já na África, foi firmada a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate à Corrupção. Esses instrumentos não serão objeto de análise aprofundada, pois o Brasil não é signatário de nenhum deles por razões geográficas.

Importante assinalar, com efeito, que esse esforço no âmbito global culminou com a elaboração de uma convenção sob os auspícios da ONU, a qual foi assinada em 2003, ficando conhecida como Convenção de Mérida³⁷⁹, cidade na qual foi firmada, e entrou em vigor em 2005 após atingir o número mínimo de ratificações³⁸⁰. Esse instrumento, conforme será adiante analisado, possui uma abrangência bastante ampla, não se restringindo apenas aos subornos transnacionais e possui uma ampla gama de países signatários. No entanto, devido ao seu sistema de monitoramento não ser tão proativo quanto o da OCDE, bem como devido a outros fatores políticos que serão adiante explorados, o sistema da ONU não chegou a esvaziar o da OCDE, de modo que ambos convivem no cenário global.

A existência de mais de uma convenção sobre o mesmo tema é fenômeno já estudado por Halliday e Shaffer³⁸¹, de modo que pode haver divergências ou convergências, tanto do ponto de vista geográfico quanto temático. A questão geográfica aqui é evidente, já o conteúdo

³⁷⁷ Internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.410/2002.

³⁷⁸ FERREIRA, 2015, p. 92.

³⁷⁹ Internalizada pelo Brasil: Decreto nº 5.687/2006.

³⁸⁰ FERREIRA, 2015, p. 305.

³⁸¹ HALLIDAY; SHAFFER, p. 47-48.

das convenções é bastante próximo. A diferença mais evidente reside no fato de as convenções da ONU e da OEA incluírem em seus textos a proibição da prática de corrupção de funcionários nacionais como um mandato de criminalização, ao passo que o tratado da OCDE se preocupa apenas com autoridades estrangeiras³⁸². De toda sorte, não existe aqui uma relação de contraposição, mas de continência de modo que um texto é menos abrangente que os demais.

Fato é que existem hoje ordens transnacionais anticorrupção³⁸³, as quais decorrem, em larga proporção, da pressão que os Estados Unidos exerceram, por meio de diversas organizações internacionais, para a criação dos instrumentos acima referidos. Esse esforço diplomático, de outra parte, teve origem no próprio cenário político doméstico estadunidense, que clamou pela internacionalização do combate à corrupção, pois suas empresas nacionais estavam em desvantagem competitiva em relação àquelas oriundas de outros países tolerantes com práticas corruptas. É nítido, nesse sentido, um movimento de internacionalização da legislação norte-americana, a qual passou a servir de modelo para outros Estados adotarem regulações similares em seus ordenamentos políticos. A partir dos próximos tópicos serão analisadas de forma mais detalhadas as principais ordens transnacionais anticorrupção.

2.2. Ordens jurídicas transnacionais anticorrupção

Esse tópico tem por objetivo detalhar as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção existentes e que envolvem o Brasil. Assim, tem-se que o país é signatário de três convenções internacionais contra a corrupção, todas elas patrocinadas por consagradas instituições internacionais, as quais já foram mencionadas no tópico anterior. Desse modo, cada um dos três primeiros subtópicos a seguir será destinado a uma ordem diferente: o primeiro, à convenção da OCDE, o segundo à da OEA e o terceiro à da ONU. Por fim, o quarto subtópico será destinado ao estudo de ordens jurídicas transnacionais de caráter mais informal, mas que têm o condão de influenciar o ordenamento jurídico interno.

³⁸² FERREIRA, 2017, p. 305.

³⁸³ CAAR, Indira. Fighting Corruption Through Regional and International Conventions: A Satisfactory Solution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, vol. 15, n. 2, 2007, p. 129-130.

2.2.1. A convenção contra corrupção de autoridades estrangeiras da OCDE

A origem da Convenção da OCDE contra o suborno transnacional foi comentada no tópico 2.1.2. A partir de agora, será realizada uma análise detalhada do instrumento, bem como de sua aplicabilidade e importância no contexto atual. Conforme já referido, seu escopo é limitado a coibir o suborno praticado por agentes públicos a autoridades estrangeiras, nos moldes do FCPA norte-americano. Atualmente, a convenção possui 43 signatários, sendo todos os Estados Membros da OCDE e oito não membros: Argentina, Brasil, Bulgária, Colômbia, Costa Rica, Peru, Rússia e África do Sul. Esses países representam 64% do investimento direto estrangeiro global, 50% do total de exportações globais, bem como concentram 95% das empresas transnacionais não financeiras e 50% das empresas financeiras transnacionais³⁸⁴. Ou seja, trata-se de uma parcela bastante considerável do investimento estrangeiro, conferindo um importante patamar de importância ao instrumento.

Já no preâmbulo é possível notar que sua adoção se deu por conta do “fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade”. Ou seja, confirmando a própria história de sua elaboração, o objetivo da convenção é gerar um ambiente de maior confiabilidade no âmbito das transações internacionais, com ênfase no comércio e nos investimentos diretos. Também há referência da influência da Recomendação de 1994 (revisada em 1997) e de ações adotados por organismos como ONU, Banco Mundial, FMI, OMC, OEA, Conselho da Europa e União Europeia. Verifica-se, assim, contribuições de diversas organizações internacionais na formulação final do texto adotado.

Logo no art. 1 (1), a convenção traz uma obrigação aos Estados signatários, afirmando que cada “parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros (...)”. Trata-se de um nítido mandado de criminalização de conduta, destinada aos Estados signatários. Registre-

³⁸⁴ OCDE. *Fighting the Crime of Foreign Bribery. The Anti-Bribery Convention and the OECD Working Group on Bribery*. Paris: 2017, p. 4. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

se que a imposição de obrigações de punir seus nacionais envolvidos em subornos transfronteiriços é o traço central do instrumento em análise.

Há também a obrigação imposta às partes contratantes no sentido de que devem ser tomadas as medidas necessárias à caracterização da cumplicidade na prática delitiva, a qual pode ser decorrente “inclusive de incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro”, conforme o art. 1 (2). Veja-se que a inclusão do termo autorização tem o propósito de abarcar situações nas quais um funcionário menor de uma empresa multinacional age com a anuência de um dirigente superior. Esses delitos ainda devem ser caracterizados como “corrupção de funcionário público estrangeiro”. Há, desse modo, uma especificidade bastante densa da convenção, a qual procura interferir na tipificação penal dos ordenamentos internos dos países signatários.

De outro norte, o art. 1º (4) define os termos “funcionário público estrangeiro”, “país estrangeiro” e “ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais” de forma extremamente abrangente. Inclui, desse modo, corrupção de qualquer autoridade ou pessoa que exerça função pública, em qualquer instância ou subdivisão de governo estrangeiro, que utilize o cargo público para fins ilícitos, mesmo que o ato irregular não esteja dentro de suas competências.

Importante ressaltar que a obrigação de definir como delito destina-se aos atos ilícitos praticados por pessoas físicas. No que tange à responsabilidade das pessoas jurídicas, objeto do estudo, a convenção não define a modalidade de responsabilidade, limitando-se a afirmar que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos” (art. 2). Verifica-se, com efeito, que a convenção não exige nenhum tipo de responsabilização penal da pessoa jurídica, o que é característica básica do FCPA. O Brasil, conforme adiante demonstrado, optou pela responsabilização administrativa de acordo com sua legislação própria.

O art. 3 (2) reforça esse ideal ao afirmar que “caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras”. Ou seja, a convenção tem nítido intento de não se imiscuir no controverso tema da responsabilização penal das pessoas jurídicas, a qual depende dos meandros jurídicos de cada ordenamento jurídico.

Conforme já exposto, a responsabilização criminal da pessoa jurídica se desenvolveu com certa facilidade nos países que seguem a tradição do *common law*. No entanto, em países com raízes civilistas, a aceitação é bastante mitigada. Na Alemanha e na Itália, por exemplo, as dificuldades teóricas apresentadas levaram os países a partirem para a responsabilização administrativa. O Brasil seguiu o mesmo caminho com a adoção da Lei nº 12.846/2013, a qual será mais densamente analisada à frente. Nesse passo, como não há qualquer obrigatoriedade na adoção de mecanismos penais de responsabilização da pessoa jurídica, a análise da efetividade da punição se dá por meio do monitoramento da efetividade das sanções aplicadas³⁸⁵.

O art. 3 (3) determina que o valor relativo ao suborno, bem como o produto obtido com a prática corrupta sejam retidos ou confiscados pelo Estado parte, a fim de garantir o ressarcimento dos danos causados. Já o art. 3 (4) informa que cada signatário deve ainda considerar a imposição de penalidades civis ou administrativas destinadas às pessoas físicas e jurídicas corruptoras.

O art. 4 demonstra uma preocupação bastante importante para os fins da convenção: a competência jurisdicional para processar os responsáveis por suborno. O art. 4 (1) afirma que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido *integral* ou *parcialmente* em seu território”. Veja-se que a utilização da expressão integral ou parcialmente é bastante interessante, uma vez que, nos casos de corrupção de autoridades estrangeiras, a prática normalmente ocorre tanto no país de nacionalidade da transnacional implicada quanto no país hospedeiro de seus investimentos. A convenção, desse modo, adotou a chamada teoria da ubiquidade, largamente aceita nos sistemas civilista e *common law*, partindo-se da premissa de que tanto o local da prática do ato quanto o dos efeitos da ação são competentes para processar e julgar o ilícito cometido³⁸⁶.

Registre-se, ademais que, nos Comentários Oficiais à Convenção, consta a informação de que a competência territorial deve ser interpretada no sentido de não ser necessária uma “conexão física” com o suborno³⁸⁷. Nesse passo, considerando as ferramentas tecnológicas hoje

³⁸⁵ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 223.

³⁸⁶ Ibid., p. 333.

³⁸⁷ OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related Documents*. Paris: OCDE, 2011, p. 18. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em 23/10/2018.

disponíveis, é evidentemente possível que um suborno possa ocorrer sem que haja um encontro físico entre corruptor e corrupto.

O art. 4 (2) trata da possibilidade de haver a chamada “jurisdição de nacionalidade”, de modo a permitir a punição do agente infrator, mesmo que o crime tenha ocorrido totalmente no exterior, mas em nome de sua nacionalidade. A redação do dispositivo não traduz uma obrigatoriedade na adoção da possibilidade, mas determina que, caso haja essa previsão pelo ordenamento estatal do Estado-parte, essa competência deverá ser exercida³⁸⁸. Os comentários oficiais à Convenção confirmam essa interpretação, sugerindo que a aplicação do instituto em consonância com os princípios do ordenamento e condições do sistema jurídico interno de cada parte³⁸⁹.

O art. 4 (3) trata da concorrência entre jurisdições dos Estados partes, afirmando que, no caso de haver competição, as partes envolvidas deverão deliberar acerca da jurisdição apropriada para instauração do processo. Por fim, o art. 4 (4), assevera que a jurisdição de cada Estado-parte deve ser efetiva no combate à corrupção. Caso não seja o suficiente, deverá ser adequada.

O art. 5 trata da investigação e abertura de processos por corrupção de funcionário público estrangeiro, as quais devem se dar de acordo com as leis de cada país signatários. Já o art. 6 trata da prescrição, afirmando que o prazo deve ser adequado a realização das investigações necessárias não, sendo, contudo, fixado qualquer lapso temporal específico. O art. 7 afirma ser o país responsável pelas investigações referentes à corrupção igualmente competente para processar os ilícitos de lavagem de dinheiro correlatos.

O art. 8 trata de normas de matéria relativa à contabilidade, afirmando que os países signatários devem adotar providências adequadas “no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria”, com o objetivo de evitar o estabelecimento de contabilidade paralela (“Caixa 2”), registro de operações inexistentes, lançamento de obrigações com fundamento inadequado ou ainda a utilização de documentos falsos. Essa norma tem um caráter mais geral sobre a legislação do país signatário, tornando necessária a adoção de regras consagradas de contabilidade, a fim identificar recursos não contabilizados que podem ser utilizados por pessoas jurídicas para a prática de subornos.

³⁸⁸ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 339.

³⁸⁹ OCDE, 2011, p. 16-17.

O art. 9 trata da assistência jurídica recíproca, de modo a incentivar que os Estados signatários cooperem na condução de processos criminais e não criminais referentes à corrupção de autoridades estrangeiras, devendo cada parte indicar uma autoridade central responsável por receber os pedidos de cooperação (art. 11). O art. 10, por sua vez, trata da extradição, impondo aos Estados à obrigação de considerar o delito objeto da convenção dentre aqueles passíveis de extradição.

O art. 12 consagra o sistema de monitoramento e acompanhamento da OCDE, ferramenta fundamental no aperfeiçoamento da aplicação da Convenção. E esse é um dos pontos mais importantes da convenção em estudo, pois o sistema de monitoramento constante, operado pelo WGB com auxílio do secretariado da organização, é de suma importância para o desenvolvimento legislativo e operacional dos signatários, sendo caracterizado como rigoroso e detalhista³⁹⁰.

Conforme já exposto acima, o Grupo de Trabalho sobre Suborno em Negócios Internacionais³⁹¹ (denominação completa do WGB) foi implantado ainda em momento anterior à elaboração da convenção. A base normativa para o trabalho do Grupo está, também, estatuída no Item XIV da Recomendação de 2009 do Conselho da OCDE, a qual ainda será objeto de estudo. Destaque-se, desse modo, que o referido documento determina que os Estados signatários participem tanto na condição de avaliados como de avaliadores dos demais pares.

O WGB construiu sua expertise baseado na experiência da OCDE na implementação de *soft law*, possuindo igualmente inspirações nos sistemas de monitoramento desenvolvidos no âmbito dos conselhos temáticos das convenções de direitos humanos da ONU. Pode-se constatar, todavia, algumas diferenças determinantes nos trabalhos desenvolvidos por esse órgão. Destaque-se, com efeito, que os *experts* analisam o estado da regulação da matéria no Estado avaliado, produzindo uma minuta de relatório, a qual será submetida ao WGB, formado por representantes de todos os países signatários, permitindo uma avaliação *peer to peer*. Ademais, há uma participação ativa do setor privado e da sociedade civil organizada no processo. Apenas após a conclusão de todas essas etapas, o relatório é publicado no sítio da internet da organização, permitindo amplo conhecimento do documento produzido³⁹².

³⁹⁰ WEBB, Philipa. The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity? *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, vol. 8, n. 1, 2005, p. 197.

³⁹¹ *Working Group on Bribery in International Business Transactions*.

³⁹² PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 41.

Registre-se que o WGB possui uma natureza híbrida bastante peculiar. Nesse passo, importante ter em mente que a Convenção da OCDE foi firmada não apenas entre membros da organização, mas também por Estados não membros interessados em fazer parte do grupo de signatários. Assim, logo que a convenção entrou em vigência, em fevereiro de 1999, Argentina, Brasil, Bulgária e Eslováquia, os quais desempenhavam o papel de observadores junto ao WGB, foram convidados a se tornarem membros plenos do órgão, o qual passou, portanto, a ser integrado por países que não integram a OCDE propriamente. Outros Estados ainda vieram a assinar a convenção sem ser membros da organização: África do Sul (2007), Rússia (2012), Colômbia (2013), além de Costa Rica e Lituânia (2017). Resta consagrada, nesse contexto, uma forma híbrida do WGB: ao mesmo tempo em que permanece supervisionado pela OCDE, fazendo parte de sua estrutura, o mesmo organismo serve como uma conferência reunindo representantes de todas os países signatários da convenção³⁹³.

Agora, serão analisados todos os mecanismos e fases de monitoramento empreendidos pelo WGB. Cumpre salientar, nesse passo, que existe um mecanismo informal conhecido como *tour de table*, o qual possui uma importância bastante acentuada no aperfeiçoamento da atuação do grupo. Basicamente, trata-se de reuniões informais e confidenciais entre representantes dos países signatários, que ocorrem quatro vezes ao ano, nas quais se discute o progresso da implementação e, mais recentemente, as inovações jurídicas implantadas pelos Estados com o escopo de reagir às avaliações do WGB. São possibilitadas, igualmente, discussões acerca de casos concretos que envolvam corrupção enfrentados pelas autoridades do país participante, permitindo uma mútua troca de experiências³⁹⁴.

Noutro passo, o sistema de monitoramento formal foi se desenvolvendo ao longo de fases. A “Fase 1”³⁹⁵ de avaliação tinha por objetivo principal verificar os textos legais dos países signatários, verificando sua adequação à Convenção. Dessa forma, primeiramente, foi enviado um questionário padrão aos Estados signatários, o qual analisou sua própria legislação, cotejando-a com as obrigações assumidas por ocasião da assinatura do instrumento em estudo. De posse das informações, o secretariado da OCDE, em conjunto com especialistas indicados por dois Estados-membros (um da mesma tradição jurídica do avaliado e outro de diversa), elaboraram um relatório preliminar acerca da situação regulatória do país³⁹⁶. Foram, dessa forma, identificadas situações que deveriam sofrer modificação regulatória imediata, pontos de

³⁹³ Ibid., p. 539 e 584-589.

³⁹⁴ Ibid., p. 42.

³⁹⁵ *Phase 1*.

³⁹⁶ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 545-547.

preocupação para a próxima fase do monitoramento e assuntos menores informados aos países monitorados a fim de melhorar sua estrutura regulatória. Ressalte-se que o relatório final somente foi adotado após referendado pelo WGB, em procedimento previamente previsto no qual se adota o consenso entre os países participantes, com a ressalva de que o país avaliado não pode bloquear a adoção do relatório³⁹⁷.

Posteriormente, ocorreu a chamada Fase 1 bis³⁹⁸, a qual surgiu sem previsão inicial, devido a preocupações práticas do WGB, notadamente no que se refere a dois pontos: alguns países foram notificados a adotar medidas imediatas na adaptação de sua legislação, tornando necessária uma nova avaliação da ação e, de outra parte, alguns países promoveram alterações regulatórias posteriormente à Fase 1, necessitando de uma reavaliação. A Fase 1 bis foi, portanto, uma repetição da avaliação da Fase 1³⁹⁹ em relação a determinados países, cujo monitoramento da primeira fase não foi totalmente satisfatório.

A Fase 2⁴⁰⁰ teve um escopo bem mais profundo que a Fase 1, passando a apresentar preocupação com a efetividade da regulação antissuborno internacional presente no ordenamento do país examinado. Houve, assim, uma preocupação com a aplicação prática dos mecanismos previstos. Como na primeira etapa da avaliação, foi encaminhado ao Estado monitorado um questionário, que incluiu questões como recursos humanos e financeiros disponíveis para políticas anticorrupção de autoridades estrangeiras, responsabilização de empresas por práticas corruptas, casos relevantes sobre o tema, jurisprudência dos tribunais nacionais, coordenação entre órgãos de persecução, de outros temas⁴⁰¹.

Nessa segunda fase, houve uma diferença fundamental em relação à primeira: a visita aos países avaliados. Essas inspeções foram realizadas por representantes do secretariado da OCDE, assim como de *experts* oriundos dos dois países responsáveis pelo *peer review*, os quais foram designados como “*lead examiners*”, ficando acertado que países do G7 seriam analisados por pares do mesmo grupo. O Secretariado da OCDE preparou agendas preliminares, bem como roteiros para as visitas, com o objetivo de tornar uniforme as avaliações⁴⁰².

De forma semelhante à Fase 1, havia a previsão de que fossem elaborados relatórios preliminares pelo Secretariado, em conjunto com os *lead examiners*, o qual, após ser objeto de

³⁹⁷ Ibid., p. 548-549.

³⁹⁸ *Phase 1 bis*.

³⁹⁹ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 549-550.

⁴⁰⁰ *Phase 2*.

⁴⁰¹ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 551-552.

⁴⁰² Ibid., p. 553-554.

considerações pelo país avaliado, seria enviado para discussões pelo WGB e adotado por consenso⁴⁰³. Assim como na Fase 1, houve a aprovação de um procedimento prévio, no qual o Estado avaliado não poderia bloquear o consenso entre os demais participantes para adoção do relatório referente a ele⁴⁰⁴. Após as deliberações no WGB, os relatórios referentes aos países avaliados foram adotados, sendo publicados os documentos finais.

A partir da Fase 2, foi adotado o procedimento de “*Follow Up*”, no âmbito do qual os Estados avaliados realizam avaliações acerca da implementação das recomendações do relatório. Primeiramente, um ano após a publicação do relatório, é realizada uma exposição oral acerca da adoção das medidas sugeridas. Em segundo momento, que ocorre dois anos após o relatório ser publicado, cada país encaminha suas considerações escritas sobre a evolução de seus sistemas jurídicos frente às recomendações do relatório⁴⁰⁵.

A Fase 3⁴⁰⁶ do monitoramento surgiu após uma série de discussões travadas no âmbito do WGB, que duraram 18 meses e se encerraram em dezembro de 2009. Formou-se um consenso no sentido de que seria necessário um acompanhamento cíclico acerca do combate ao suborno transnacional, mantida a característica de *peer review*, com escopo de aperfeiçoar os mecanismos de investigação e julgamento⁴⁰⁷.

Importante mencionar que, de forma quase concomitante com a adoção desse novo procedimento, o Conselho da OCDE realizou um reexame da já revisada Recomendação de 1997, editando a “Recomendação de 2009”, a qual passou a balizar também esse novo ciclo avaliativo⁴⁰⁸. Interessante que essa Recomendação, assim como as de 1994 e 1997, foi adotada pelo Conselho da OCDE. Há nessa última, urge destacar, uma ressalva expressa no sentido de que ela se aplica tanto aos países membros da organização quanto aos demais signatários da Convenção contra Corrupção de Autoridades Estrangeiras⁴⁰⁹. Essa dinâmica é um tanto quanto peculiar, uma vez que países não membros da OCDE, mas signatários da convenção, como o Brasil, ficam sujeitos à recomendação, a qual foi elaborada pelo Conselho da OCDE, no qual eles não têm assento. Evidentemente, trata-se de um *soft law*, o que não gera maiores

⁴⁰³ Ibid., p. 558.

⁴⁰⁴ OCDE. *Procedure for Self- And Mutual Evaluation of Implementation of the Convention and the Revised Recommendation – Phase 2*. Paris: WGB/OCDE, 2001, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/2025057.pdf>>. Acesso em 31/10/2018.

⁴⁰⁵ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 565-565.

⁴⁰⁶ *Phase 3*

⁴⁰⁷ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 568.

⁴⁰⁸ Ibid., 568.

⁴⁰⁹ OCDE. *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris: OCDE, 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em 05/11/2018.

constrangimentos políticos. É interessante, no entanto, a forma como essa *transnational legal order*, representada pela Convenção da OCDE, se comporta, fazendo com que uma recomendação do Conselho da organização possa atingir os ordenamentos nacionais de países que sequer são parte dela.

A Recomendação de 2009 reforça a Convenção e traz uma série de aperfeiçoamentos regulatórios que os Estados podem adotar com o objetivo de coibir o suborno transnacional. Dentre eles se destacam a necessidade de haver canais abertos e acessíveis aptos a receber denúncias de casos de suborno de autoridades estrangeiras e o incentivo à adoção de procedimentos de *compliance* pelas empresas transnacionais.

Há também um detalhamento bastante evidente no que tange às regras de contabilidade e auditoria a serem adotadas pelos países em relação às pessoas jurídicas constituídas em seus territórios, detalhando ainda mais o art. 8 da Convenção. Nesse sentido, adiciona à obrigatoriedade de manutenção de livros contábeis de forma transparente, a existência de auditoria externa, controles internos, ética e comprometimento com as regras oficiais de prevenção ao suborno transnacional⁴¹⁰. Desse modo, há um detalhamento e ampliação do conteúdo do art. 8, criando necessidade de regulamentações mais exigentes em relação às pessoas jurídicas sediadas nos países signatários, o que inclui padrões de auditoria externa e controle interno.

Ademais, há no documento recomendações atinentes a temas como proibição de participação em contratações públicas de empresas envolvidas em casos de suborno transnacional, necessidade de cooperação internacional entre os países signatários da convenção, apelo a países não participantes para aderirem ao instrumento em comento e incentivo à cooperação com organizações não governamentais⁴¹¹.

Conforme já exposto, a Recomendação de 2009 nasceu quase que concomitantemente com a Fase 3 do monitoramento. É importante, desse modo, fazer menção ao fato de a recomendação explorar enfaticamente o mecanismo de monitoramento, destacando seu caráter permanente e contínuo com o escopo de promover uma completa implementação da Convenção e da própria Recomendação, sugerindo que o WGB trabalhe de forma mais colaborativa com os demais comitês da OCDE⁴¹².

⁴¹⁰ Ibid., p. 5-6.

⁴¹¹ Ibid. p. 6-8.

⁴¹² Ibid. p. 8

Por fim, importante destacar que a Recomendação conta com dois anexos: um “Guia de boas práticas sobre a implementação de artigos específicos da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais”⁴¹³ (Anexo 1) e um “Guia de boas práticas sobre controles internos, ética e *compliance*”⁴¹⁴ ⁴¹⁵. Ambos os documentos servem de parâmetro adicionais para as avaliações *peer review* a serem realizadas pelo WGB depois da adoção desses documentos, embora tenham evidentemente caráter de *soft law*.

A Fase 3 da avaliação, por sua vez, teve por escopo uma análise mais detalhada acerca da estrutura regulatória dos países signatários. Esteve concentrada em três pilares fundamentais: 1) o progresso de cada parte diante dos problemas encontrados na Fase 2; 2) assuntos decorrentes de mudanças legislativas e institucionais no sistema interno de cada Estado; e, 3) esforços e resultados na implementação dos ditames da Convenção, além de questões transversais consideradas chave pelo WGB⁴¹⁶.

O procedimento adotado foi bastante semelhante ao da Fase 2. Primeiramente, foram designados dois países serem os *lead examiners* do Estado avaliado. Posteriormente, um questionário foi encaminhado ao país sob avaliação, o qual respondeu às indagações. Ato contínuo, houve visitas de *experts* das nações avaliadoras. Após esses procedimentos, foi elaborado um relatório preliminar, o qual foi submetido ao WGB, sendo facultado o Estado avaliado fazer críticas ao documento. Após as deliberações, os relatórios foram adotados e tornados públicos, obedecendo a regra de que a apreciação é realizada por consenso, sendo obstado ao Estado avaliado vetar sua adoção. Assim, como na Fase 2, também houve a realização de *Follow Up*⁴¹⁷.

Para aqueles países nos quais foi encontrada falhas regulatórias sensíveis ou que os trabalhos de visita não tenham sido satisfatórios, foi designada a realização de uma “Fase 3 bis”. Isso ocorreu, por exemplo, com a Grécia, cuja decisão da realização dessa nova avaliação foi adotada pelo WGB em dezembro de 2012⁴¹⁸.

⁴¹³ *Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions.*

⁴¹⁴ *Good practice guidance on internal controls, ethics, and compliance.*

⁴¹⁵ OCDE, 2009, p. 9-14.

⁴¹⁶ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 569.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 569-571.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 570.

Recentemente, em março de 2016, após reunião de ministros dos países signatários da Convenção, foi decidido o início da Fase 4⁴¹⁹ do monitoramento, a qual se estenderá até 2024. Dentre os escopos dessa última fase lançada, encontra-se a análise do progresso realizado pelos Estados, notadamente no que concerne às falhas encontradas nas demais fases de monitoramento, bem como avaliação dos esforços e resultados obtidos pelas políticas antissuborno transnacional adotadas. Seguindo os princípios delineados na Fase 3 e na Recomendação de 2009, a ideia central é manter o monitoramento constante e cíclico da situação regulatória dos Estados signatários, permitindo um aprimoramento de suas legislações e instituições⁴²⁰. O Guia de Fase 4 é bastante detalhado, mostrando a evolução do próprio WGB, o qual adquiriu um *know how* considerável com a condução das demais fases⁴²¹.

O sistema da Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional possui, conforme evidenciado, um caráter bastante específico: o combate ao suborno de autoridades estrangeiras, seguindo o modelo do FCPA estadunidense. Pode-se dizer, assim, que é o grande símbolo da internacionalização do modelo norte-americano de combate à corrupção no exterior. Essa convenção, devido a três fatores mostra-se essencial ao objeto do presente estudo: 1) há a determinação de responsabilização das pessoas jurídicas pelos países signatários; 2) existe um amplo material produzido pelo sistema de monitoramento protagonizado pelo WGB; e, 3) o fenômeno da recursividade fica bastante evidenciado na convenção, pois ela parte de esforços de internacionalização do FCPA, chegando a um instrumento formal, que dialoga com recomendações de *soft law* produzidas pela OCDE, e tem o potencial de influenciar de forma bastante direta os ordenamentos internos dos Estados.

2.2.2. A Convenção Interamericana contra a Corrupção

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, gestada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi a pioneira de todas as convenções anticorrupção, tendo sido adotada ainda em 1996, em momento ligeiramente anterior à convenção da OCDE, mas dentro do mesmo contexto histórico acima estudado, caracterizado pelos esforços da diplomacia estadunidense em internacionalizar o combate à corrupção. Nesse passo, um dos

⁴¹⁹ Phase 4.

⁴²⁰ Informação disponível no *site* da OCDE: <<http://www.oecd.org/corruption/oecd-anti-bribery-convention-phase-4.htm>>. Acesso em 07/11/2018.

⁴²¹ OCDE. *OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Monitoring Guide*. Paris: OCDE, 2016.

fóruns a que os EUA tinham acesso bastante facilitado era, sem dúvida, a OEA, organização da qual ostentam protagonismo desde sua fundação, tendo em vista que as américas são historicamente sua zona de influência. O Brasil é signatário dessa convenção, estando ela devidamente internalizada⁴²².

O modelo adotado por essa convenção é bastante semelhante ao da OCDE, embora seu objetivo seja mais abrangente, não restringindo à corrupção de autoridades estrangeiras. Desse modo, não existe nenhuma aplicação automática de seu conteúdo, sendo ela uma geradora de obrigações aos Estados signatários em processar e punir determinadas condutas irregulares praticadas por seus nacionais.

Utiliza-se, com efeito, dos chamados mandatos de criminalização, embora de uma maneira um tanto diferente. Isso porque há a explicitação de determinados atos de corrupção, conforme disposto no art. VI da convenção, dentre os quais se destaca a criminalização da corrupção passiva de funcionários públicos (art. IV, 1, a)⁴²³ e o suborno oferecido a autoridades nacionais (art. VI, 1, b)⁴²⁴. De outra parte, o art. VII evidencia que compete aos países adotarem as medidas necessárias a processar e punir os infratores: “os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tipificar como delitos em seu direito interno os atos de corrupção descritos no artigo VI, parágrafo 1, e para facilitar a cooperação entre eles nos termos desta Convenção”.

No art. VIII, encontra-se a questão atinente ao suborno transnacional, sendo consagrada obrigação semelhante à constante na convenção da OCDE, no sentido de os Estados signatários serem obrigados a adotar normas que coíbam a corrupção de autoridades de países estrangeiros⁴²⁵. Importante salientar que esse dispositivo foi objeto de expressiva controvérsia

⁴²² Decreto nº 4.410/2002.

⁴²³ “1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas”.

⁴²⁴ “1. Esta Convenção é aplicável aos seguintes atos de corrupção:

(...)

b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas”.

⁴²⁵ “Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial”.

na elaboração do instrumento, conforme aponta o argentino Carlos A Manfroni, um dos responsáveis pela redação da convenção⁴²⁶.

Além das situações de corrupção acima expostas, a convenção interamericana cuida de outros tipos de ilícitos relacionados, como o enriquecimento ilícito de funcionário público (art. IX)⁴²⁷, utilização da função pública para obter vantagens em benefício próprio ou de outros (art. XI, 1, a)⁴²⁸ e o desvio de bens do patrimônio público em benefício próprio ou alheio (art. XI, 1, d)⁴²⁹, dentre outros. Enfim, a abrangência da convenção da OEA é bastante ampla, englobando diversas atividades ilícitas, criando obrigações aos Estados signatários em combatê-las.

Há também disposições sobre mecanismos de cooperação entre os Estados signatários, incluindo disposições sobre extradição (art. XIII), assistência e cooperação (art. XIV), com destaque para medidas referentes à constrição e confisco de bens oriundos de atos de corrupção (art. XV). Ressalte-se que a convenção traz disposições atinentes à necessidade de haver autoridades centrais responsáveis pela cooperação em cada um dos signatários (art. XVIII).

Na convenção em estudo, diferentemente do instrumento oriundo da OCDE, não existe uma preocupação evidente com a responsabilização da pessoa jurídica. A única passagem relativa a esse fato está inserida no dispositivo que trata acerca da responsabilização de nacionais pela prática de suborno de autoridades estrangeiras, no qual há menção expressa acerca da responsabilidade de “empresas domiciliadas” no território do signatário que tenham praticado esse tipo de ilícito em relação a funcionários de outros países. Percebe-se, desse

⁴²⁶ MANFRONI, Carlos A. *The Inter-American Convention Against Corruption. Annotated with Commentary*. Nova York: Lexington Books, 2003, p. 39.

⁴²⁷ “Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente”.

⁴²⁸ “A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem:

a. o aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros, por parte do funcionário público ou pessoa no exercício de funções públicas de qualquer tipo de informação reservada ou privilegiada da qual tenha tomado conhecimento em razão ou por ocasião do desempenho da função pública”.

⁴²⁹ “A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem:

(...)

d. o desvio de bens móveis ou imóveis, dinheiro ou valores pertencentes ao Estado para fins não relacionados com aqueles aos quais se destinavam a um organismo descentralizado ou a um particular, praticado, em benefício próprio ou de terceiros, por funcionários públicos que os tiverem recebido em razão de seu cargo, para administração, guarda ou por outro motivo”.

modo, que a convenção traz a questão de maneira bastante superficial, não se preocupando com a forma de responsabilização (penal, civil ou administrativa).

A convenção em comento não contava, na sua origem, com qualquer mecanismo de monitoramento acerca da implementação das obrigações por ela impostas aos Estados signatários. Essa situação despertou uma série de críticas por parte de especialistas⁴³⁰, e acabou concretizando a inefetividade do instrumento em decorrência falta de qualquer elemento coercitivo⁴³¹. No entanto, a partir de 2001, foi adotado o sistema de monitoramento, aprovado pela Assembleia Geral da OEA, por meio da Resolução nº 1.784, criando, desse modo, o “Mecanismo de Acompanhamento para a Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção”.

O mecanismo de avaliação é bastante diferente do aplicado pela OCDE. A administração geral é conferida à “Conferência dos Estados Partes”, órgão político, que reúne representantes dos países signatários. Já a execução, fica a cargo da “Comissão de Peritos”, órgão técnico formado por especialistas indicados pelos signatários. O procedimento adotado parte da escolha de um tema para ser objeto de avaliação, escolhido pelo grupo de *experts*. Elegido o assunto, é encaminhado ao país avaliado um questionário, o qual é respondido e analisado pelos peritos, que verificam as respostas e se reúnem com representantes dos países examinados. Por fim, após diversas avaliações, o relatório geral sobre a aplicação da convenção é publicado⁴³². Para cada tema selecionado, é realizada uma rodada de avaliação, já tendo sido realizadas quatro: a primeira foi concluída em 2006, a segunda em 2008, a terceira em 2011 e a quarta em 2015⁴³³.

Os relatórios produzidos pelo sistema de monitoramento da OEA, embora sejam menos densos que o da OCDE, são bastante detalhistas. No entanto, há que se destacar que eles são focados em temas da convenção previamente definidos, o que não permite uma análise mais ampla acerca da implementação do instrumento. Não se pode ignorar, todavia, que os ciclos avaliativos renderam frutos importantes, como a “Lei modelo para facilitar e incentivar a denúncia de atos de corrupção e proteger seus denunciantes e testemunhas”, *soft law* que se

⁴³⁰ ZAGARIS, Bruce; OHRI, Shaila L. The emergence of an international enforcement regime o transnational corruption in the Americas. *Georgetown Journal of Law and Police in International Business*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, vol. 30, 1999, p. 63.

⁴³¹ FERREIRA, 2015, p. 93.

⁴³² OEA. Resolução AG 1784: *Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Washington: 2001. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/council/AG/ResDec/>> Acesso em 08/11/2018.

⁴³³ Informações retiradas do portal do sistema de monitoramento da OEA: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/mesicic_rodadas.htm>. Acesso em 08/11/2018.

originou dos relatórios do sistema de monitoramento que identificaram falhas em diversos países acerca do cumprimento do art. III, 8, que versa acerca de sistemas protetivos para os denunciadores de atos de corrupção⁴³⁴.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção é um marco importante na temática em estudo, tendo em vista seu pioneirismo, que serviu de exemplo aos instrumentos que lhe seguiram. Para o presente trabalho, todavia, a sua importância não é comparável à da convenção da OCDE, tendo em vista o diminuto espaço reservado à responsabilização da pessoa jurídica. No entanto, seus relatórios bastante densos trazem algumas informações interessantes que serão analisadas no momento pertinente.

2.2.3. Convenções adotadas no âmbito da ONU

O primeiro instrumento da ONU acerca de controle da corrupção foi a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, assinada na cidade italiana em 2000⁴³⁵. Esse instrumento tinha traços sucintos sobre a criminalização do suborno, sendo imposta aos países signatários a obrigação de tipificar essa conduta no seu ordenamento interno (arts. 8º e 9º). Já acerca do suborno transnacional, havia apenas uma menção de que os Estados deveriam considerar a possibilidade de tratar dessa matéria (art. 8º, 2). A responsabilização da pessoa jurídica, de outra parte, mereceu tratamento importante da convenção, conforme se infere de seu art. 10⁴³⁶. Ademais, o art. 10, 2, deixa claro que a responsabilidade pode ser penal, civil ou administrativa de acordo com o ordenamento de cada nação⁴³⁷.

A convenção em apreço é bastante ampla, tratando de diversos ilícitos cometidos por organizações criminosas, tendo por escopo seu combate no âmbito transnacional. Há diversas regras sobre cooperação internacional, incluindo extradição e transferência de presos, assistência a vítimas, proteção de testemunhas, técnicas de investigação, além de mandatos de

⁴³⁴ OEA. *Documento explicativo del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos*. Washington: 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/ley_explicativo_prot.pdf>. Acesso em 08/11/2018.

⁴³⁵ Internalizada pelo Brasil: Decreto nº 5.015/2004.

⁴³⁶ “Cada Estado Parte adoptará as medidas necessárias, em conformidade com o seu ordenamento jurídico, para responsabilizar pessoas jurídicas que participem em infrações graves envolvendo um grupo criminoso organizado e que cometam as infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção.”

⁴³⁷ “No respeito pelo ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser penal, civil ou administrativa.”

criminalização, envolvendo ilícitos como lavagem de dinheiro e corrupção. Trata-se, portanto, de um instrumento bastante amplo, mas que trata de maneira explícita acerca da responsabilização da pessoa jurídica, razão pela qual ela não pode ser olvidado no presente estudo.

Todavia, é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003)⁴³⁸, conhecida também por Convenção de Mérida, em razão de ter sido assinada na cidade espanhola, que apresenta maior relevância para o presente trabalho, uma vez que trata especificamente da corrupção e confere destaque à responsabilização da pessoa jurídica. É um instrumento que pretendeu ser o conjunto normativo definitivo no âmbito internacional acerca de mecanismos anticorrupção, possuindo pretensões globais⁴³⁹ e tendo sido elaborado cronologicamente em momento posterior à convenção da OCDE.

O texto dessa convenção é bastante amplo, assim como o instrumento da OEA, não se restringindo ao suborno transnacional como fez a convenção da OCDE. Assim, a corrupção de funcionário público nacional é tratada no art. 15⁴⁴⁰, havendo mandados de criminalização tanto da conduta do funcionário público que solicitou ou exigiu a vantagem indevida quanto do agente corruptor. O dispositivo trata, pois, da corrupção ativa e passiva. O suborno de agentes públicos oriundos de outras nações está presente no art. 16, o qual se refere também a agentes de organizações internacionais⁴⁴¹. Cumpre destacar que a Convenção chega a prever a possibilidade da adoção de medidas legislativas em face do funcionário de governo estrangeiro (ou organização internacional) que foi beneficiado pelo suborno (art. 16, 2)⁴⁴². Conforme

⁴³⁸ Internalizada pelo Brasil: Decreto nº 5.687/2006.

⁴³⁹ DEMING, Stuart H. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*. Chicago, ABA Publishing, 2010, p. 337-338.

⁴⁴⁰ “Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometidos intencionalmente:

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais;

b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais.”

⁴⁴¹ “Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a promessa, oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a um funcionário público estrangeiro ou a um funcionário de organização internacional pública, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais para obter ou manter alguma transação comercial ou outro benefício indevido em relação com a realização de atividades comerciais internacionais.”

⁴⁴² “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a solicitação ou aceitação por um funcionário público estrangeiro ou funcionário de organização internacional pública, de forma direta ou indireta,

ressalta Luciano Vaz Ferreira, é uma medida inédita, pois incentiva uma aplicação extraterritorial da lei, permitindo a punição do funcionário estrangeiro⁴⁴³. Registre-se que o texto da convenção referente a esse ponto específico possui traços mais sugestivos e não impositivos, pois afirma que “cada Estado Parte considerará a possibilidade”⁴⁴⁴.

Diversos outros ilícitos são tratados no texto da convenção. Ela prevê mandados de criminalização de condutas como peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens (art. 17), lavagem de dinheiro (art. 23) e obstrução de justiça (art. 25). De outra parte, há a sugestão de criminalização de condutas como tráfico de influência (art. 18), abuso de funções (art. 19), enriquecimento ilícito (art. 20), suborno no setor privado (art. 21), peculato no setor privado (art. 22), encobrimento (art. 24)⁴⁴⁵ e obstrução de justiça (art. 25).

Importante observar, outrossim, que o conceito de funcionário público é bastante amplo, nos mesmos moldes da convenção da OCDE, conforme previsto no art. 2, a. Abrange, dessa forma, servidores que ocupem cargo “legislativo, executivo, administrativo ou judicial”, mesmo que temporário e não remunerado e ainda qualquer pessoa que desempenhe função pública em organismo ou empresa pública segundo o ordenamento interno do Estado Parte. Percebe-se, pois, uma preocupação em não restringir o conceito, permitindo uma aplicação ampliada do texto da convenção⁴⁴⁶.

A responsabilização das pessoas jurídicas encontra previsão no art. 26 da convenção. Esse dispositivo, de forma parecida com o da convenção da OCDE, impõe aos signatários a obrigação de adotar “medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios

de um benefício indevido que redunde em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais.”

⁴⁴³ FERREIRA, 2015, p. 103.

⁴⁴⁴ Indicar Carr ressalta que, para tornar possível um consenso quanto à redação da convenção, alguns dispositivos possuem uma natureza facultativa, sendo que foi utilizada, em relação a eles, a expressão “o Estado Parte considerará a possibilidade de adotar”. Já nos dispositivos de caráter obrigatório, é utilizada redação “o Estado Parte adotará” (CAAR, Indira. *The United Nations Convention on Corruption: Making a real difference to the quality of life of millions? Manchester Journal of International Economic Law*. Londres: Eletronic Publications, vol. 3, n. 3, 2006, p. 27).

⁴⁴⁵ Conforme a convenção, entende-se por “encobrimento” o delito relativo ao “encobrimento ou a retenção contínua de bens sabendo-se que tais bens são produtos de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”, mesmo que o responsável não tenha participado do ilícito principal.

⁴⁴⁶ “Por ‘funcionário público’ se entenderá: i) toda pessoa que ocupe um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial de um Estado Parte, já designado ou empossado, permanente ou temporário, remunerado ou honorário, seja qual for o tempo dessa pessoa no cargo; ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; iii) toda pessoa definida como “funcionário público” na legislação interna de um Estado Parte. Não obstante, aos efeitos de algumas medidas específicas incluídas no Capítulo II da presente Convenção, poderá entender-se por “funcionário público” toda pessoa que desempenhe uma função pública ou preste um serviço público segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte.”

jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”. O art. 26, 2, de outra parte, ressalva expressamente que, de acordo com os princípios jurídico do Estado Parte, a responsabilidade pode ser penal, civil ou administrativa. Ademais, independentemente da natureza, a penalidade deve ser eficaz, proporcional e dissuasiva, incluída sanções monetárias (art. 26, 4).

A convenção ainda trata de outros elementos importantes no controle da corrupção. Há um dispositivo específico para políticas preventivas (art. 5), estimulando a participação da sociedade civil e a transparência na gestão pública. Há, também, uma determinação no sentido de que os países signatários mantenham, em sua estrutura institucional e de acordo com seu ordenamento interno, órgãos de repressão à corrupção, os quais devem ser dotados de independência, a fim de desempenhar suas funções (art. 6). Existe, noutro passo, uma diversidade de dispositivos que tratam da administração pública, versando acerca de seleção de servidores públicos (art. 7), códigos de condutas para funcionários (art. 8) e contratações públicas (art. 9). Percebe-se uma preocupação latente com a transparência e aumento do controle social da máquina estatal (arts. 10 e 13).

No que concerne ao setor privado, além de sugerir a criminalização da corrupção entre privados, a convenção procura delinear uma série de diretrizes para as empresas (art. 12). Destacam-se, nesse contexto, a obrigatoriedade dos signatários em adotar mecanismos que aprimorem a contabilidade e auditoria no setor privado, a fim de prevenir a ocorrência de contas não registradas (“caixa dois”), realização de gastos inexistentes e utilização de documentos falsos, dentre outras irregularidades. A convenção em estudo é, portanto, bastante vasta, trabalhando diversos fatos com o intuito de prevenir a corrupção.

Destaque-se, demais disso, que a convenção dedica boa parte de seu conteúdo a mecanismos de cooperação internacional. Estão inseridas em seu texto diversas normas atinentes a extradição (art. 44), traslado de pessoas condenadas (art. 45), assistência judicial recíproca (art. 46), investigações conjuntas (art. 49), técnicas especiais de investigação (art. 49) e recuperação de ativos no estrangeiro (art. 51 e seguintes). Esses mecanismos previstos na convenção conferem fundamento jurídico para a cooperação entre autoridades de diversos países com o objetivo de controlar a corrupção em um mundo globalizado e interconectado.

A abrangência material e territorial da convenção da ONU poderia, assim, levá-la a suprimir os demais instrumentos, sendo eles engolidos pela nova ordem jurídica transnacional. No entanto, esse fenômeno não foi observado, principalmente devido à menor importância de seu sistema de monitoramento. Há previsão expressa na convenção acerca da existência de

mecanismo do gênero, conforme prevê o art. 63, o qual estatui uma Conferência dos Estados Partes, a fim de “melhorar a capacidade dos Estados Partes e a cooperação entre eles para alcançar os objetivos enunciados na presente Convenção e promover e examinar sua aplicação” (art. 63, 1), havendo expressa atribuição de examinar periodicamente a aplicação da convenção pelos signatários (art. 63, 4, e).

Urge salientar que o Mecanismo para Revisão da Implementação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção somente foi implementado em 2009, por meio da Resolução nº 3/1, embora a vigência da convenção tenha tido início em 2005. O sistema de monitoramento é realizado em fases, as quais são divididas em ciclos avaliativos de cinco anos, sendo que pelo menos um quarto dos Estados Partes devem ser analisados nos primeiros quatro anos de cada ciclo. No primeiro ciclo (entre 2010 e 2015), os temas analisados foram criminalização e cooperação internacional e no segundo (que está sendo realizado entre 2015 e 2020), os assuntos escolhidos foram medidas preventivas e recuperação de ativos. A sistemática de avaliação é semelhante à utilizada pelo WGB da OCDE, sendo primeiramente encaminhado um questionário ao país examinado, o qual é submetido a especialistas de outros dois países avaliadores (sistema *peer review*⁴⁴⁷), podendo haver visitação. Por fim, é elaborado um relatório final, o qual é publicado. O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, sigla em inglês) é o órgão responsável por secretariar o mecanismo de revisão⁴⁴⁸.

O mecanismo de revisão da ONU, embora tenha tido resultados interessantes, tendo produzido relatórios significativos, não possui o mesmo nível de detalhamento do sistema da OCDE. Duas razões parecem justificar essa questão: o fato de nem todos os países serem monitorados em cada uma das fases e a escolha de temas para serem abordados nos ciclos avaliativos, o que não permite a análise da implementação da convenção como um todo pelos ordenamentos domésticos dos Estados Partes. O tamanho da convenção e o escopo de abrangência global parecem contribuir para a maior timidez das análises efetuadas.

Tendo em vista o tema objeto do presente estudo, é importante fazer menção a um mecanismo não convencional, patrocinado pelas Nações Unidas, que implica em impactos nos mecanismos anticorrupção. Trata-se do “Pacto Global”, lançado em 2000 pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, com o objetivo de avançar na implementação de um regime de direitos humanos e sustentabilidade na realidade empresarial, contando atualmente com mais

⁴⁴⁷ O Brasil, por exemplo, foi avaliado por México e Haiti no primeiro ciclo.

⁴⁴⁸ ONU. *Resolution 3/1 – Review Mechanism*. 2009. Disponível em <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session3-resolutions.html>>. Acesso em 10/11/2018.

de 13 mil signatários do setor privado. Esse Pacto não possui caráter regulatório, constituindo-se em uma iniciativa voluntária que procura estabelecer diretrizes para a promoção do desenvolvimento sustentável e cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas com essas temáticas. Registre-se que, dentre os seus dez princípios, o décimo é voltado ao controle da corrupção: “as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina”, o que incentiva a adoção de mecanismos de *compliance* no mundo corporativo⁴⁴⁹.

2.2.4. Ordens jurídicas transnacionais informais anticorrupção

Conforme visto no Capítulo 1, o presente estudo destina-se a analisar a influência de determinadas ordens jurídicas transnacionais no ordenamento interno, independentemente de seu grau de formalidade ou cogência. Desse modo, após analisadas as convenções formais de que o Brasil faz parte, é importante verificar a existência de ordens informais, mas que podem influenciar o ordenamento jurídico interno do país.

Especificamente no que se refere à temática da responsabilização da pessoa jurídica, um importante documento foi emitido pelo G20 como anexo à Declaração de Líderes, proferida no final do encontro de Hamburgo, em 08 de julho de 2017. Referido documento tem como denominação “Princípios de Alto Nível sobre a Responsabilidade de Pessoas Jurídicas por Corrupção”⁴⁵⁰. Essa declaração contém referências expressas às convenções da ONU e da OCDE, invocando-as como marcos normativos internacionais sobre a matéria. Como justificativa principal para sua adoção, consta que, no momento atual da economia, em nível nacional e global, os grandes *players* são pessoas jurídicas, sendo que a punição apenas a pessoas físicas deixou de ser eficaz, uma vez que, na estrutura administrativa das grandes corporações, passa a ser difícil estabelecer responsabilidades individuais por processos decisórios que impliquem em atos de corrupção⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Informações extraídas do *site* do Pacto Global da ONU (*United Nations Global Compact*): <<https://www.unglobalcompact.org/>>. Acesso em 01/12/2018.

⁴⁵⁰ *High Level Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption*.

⁴⁵¹ G20. *G20 High Level Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption (Annex to G20 Leaders Declaration)*. Hamburgo: 2017, p. 2. Disponível em <<http://www.g20.utoronto.ca/2017/2017-g20-acwg-liberty-legal-persons-en.pdf>>. Acesso em 02/12/2018.

Importante registrar que o G20 é uma organização formada pelas vinte maiores economias do planeta⁴⁵² mais a União europeia, a qual foi criada com o escopo de prevenir crises financeiras em escala global, como as que ocorreram na década de 1990. Com o tempo, a organização passou a protagonizar diversas discussões sobre inúmeras temáticas, notadamente referentes à cooperação econômica, financeira e política, abordando os principais desafios globais⁴⁵³. Sua natureza jurídica é de um fórum, contando com encontros periódicos, nos quais são produzidas declarações sem qualquer efeito juridicamente relevante, embora tenham impactos políticos e diplomáticos de acentuada importância. O documento em comento, portanto, não possui contornos de *hard law*.

Os princípios de 1 a 7 do documento são relativos a adoção de uma estrutura regulatória satisfatória dentro dos países capaz de coibir a prática de atos de corrupção por pessoas jurídicas. O Princípio 1 da Declaração afirma que é necessária uma estrutura regulatória clara e transparente para coibir a corrupção praticada por pessoas jurídicas. Afirma, ademais, que não é necessária a responsabilização criminal, tendo em vista as especificidades dos sistemas jurídicos nacionais⁴⁵⁴. O Princípio 2 trata do fato de que a responsabilização deve ser dirigida a todos os tipos de pessoas jurídicas existentes no país que sejam dotadas de direitos e obrigações, permitindo uma punição bastante ampla a qualquer entidade. O Princípio 3, por sua vez, afirma que não pode haver restrição a casos, nos quais haja a responsabilização de uma pessoa física, devendo haver independências entre as instâncias. O Princípio 4 afirma, de outra parte, que não pode haver uma limitação a atos cometidos pelos diretores máximos das pessoas jurídicas implicadas, devendo abarcar situações nas quais colaboradores de menor grau de gerência praticam atos em nome da entidade implicada⁴⁵⁵.

O Princípio 5 é relativo ao fato de as pessoas jurídicas não poderem evitar a responsabilidade por ato de corrupção usando intermediários, o que é algo muito frequente, notadamente no suborno transnacional. Noutro passo, o Princípio 6 refere-se ao fato de a mudança de “identidade empresarial” (alteração de sua estrutura legal ou mudança de controle) não poder impedir a responsabilização. O Princípio 7 tem por escopo sugerir aos países que

⁴⁵² Esses países abrangem 85% do produto bruto global, 66% da população mundial, 75% do comércio internacional e 80% dos investimentos globais, conforme indica o *site* oficial do G20 (<<https://www.g20.org/es/g20/que-es>> acesso em 02/12/2018).

⁴⁵³ Informações retiradas do *site* do fórum: <<https://www.g20.org/es/g20/que-es>>. Acesso em 02/12/2018.

⁴⁵⁴ “Na medida em que, de acordo com o sistema jurídico de um país, a responsabilidade penal não é aplicável a pessoas jurídicas, tal responsabilidade pode ser civil ou administrativa. Em todos os casos, as sanções devem ser ‘eficazes, proporcionais e dissuasivas’”. Tradução própria de: “*In the event that, under a country’s legal system, criminal responsibility is not applicable to legal persons, such responsibility may be civil or administrative. In all cases, sanctions should be ‘effective, proportionate and dissuasive’*”. G20, 2017, p. 2-3.

⁴⁵⁵ G20, 2017, p. 3

adotem uma jurisdição efetiva contra o suborno transnacional, promovendo a responsabilização de pessoas jurídicas de sua nacionalidade por atos cometidos, ao menos em parte, em seu território e por suborno transnacional⁴⁵⁶.

Os princípios 8 a 10 referem-se às sanções a serem aplicadas às pessoas jurídicas, as quais devem ser “efetivas, proporcionais e dissuasivas”. O Princípio 8 é relativo a essa temática específica, afirmando que as medidas podem ser natureza não penal, mas devem ter um efeito inibitório de condutas irregulares, devendo haver significativas sanções monetárias. O Princípio 9 tem por objeto o confisco da propina oferecida e do lucro obtido com a operação. O Princípio 10, de outro norte, refere-se às sanções não monetárias, exemplificadas por ações como proibição de recebimento de subsídios e benefícios governamentais, proibição de contratação com o poder público ou participação em determinadas atividades comerciais, supervisão judicial, dissolução e publicação da decisão condenatória⁴⁵⁷.

Os princípios 11 e 12 são relativos à cooperação internacional, enfatizando a necessidade de, em diversos casos, ser necessária uma atuação conjunta de mais de um Estado, tendo em vista o caráter transnacional dos atos de corrupção praticados por empresas transnacionais. Por derradeiro, os princípios 13 e 14 se referem às ações que devem ser desenvolvidas em parceria com o setor privado, notadamente a adoção de programas de *compliance* pelas grandes corporações⁴⁵⁸.

Da leitura do documento produzido pelo G20, percebe-se um diálogo muito forte com as demais ordens jurídicas transnacionais sobre o tema, principalmente as convenções da OCDE e da ONU. Esse documento parecer ser um reforço às medidas já preconizadas no âmbito dos sistemas convencionais, haja vista que suas diretrizes são bastante semelhantes às aquelas produzidas pelas convenções, porém mais específicas e detalhadas. Embora desprovidos de um efeito vinculante propriamente dito, os princípios do G20 têm um peso político considerável na arena global. Destaque-se, demais disso, que esse é o único documento “avulso” produzido sobre o tema específico da responsabilização da pessoa jurídica⁴⁵⁹.

O Banco Mundial, importante instituição financeira multilateral financeira com o escopo de financiar projetos voltados ao desenvolvimento e redução da pobreza, desempenha importante papel no combate à corrupção. Embora seja uma instituição internacional formal, o

⁴⁵⁶ Ibid., p. 4.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 5-6.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 6-7.

⁴⁵⁹ No âmbito das convenções da ONU e da OCDE foram produzidos documentos sobre a responsabilização das pessoas jurídicas, os quais ainda serão objeto de análise no presente estudo.

combate à corrupção não está dentre os seus objetivos principais, mas é uma consequência lateral de sua atuação. No próprio Acordo Constitutivo do Banco Mundial, consta expressamente que todo o financiamento concedido deve ser utilizado dentro dos objetivos para que foi concedido, tendo por fundamento considerações de economia e de eficiência, livre de influências políticas ou de ordem não econômica (Art. III, 5, b), procurando deixar os projetos financiados pela instituição livres de interferências indevidas.

Importante registrar que o Grupo Banco Mundial é formado por cinco agências próprias: Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA, sigla em inglês), Corporação das Finanças Internacionais (IFC, sigla em inglês), Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID, sigla em inglês) e Agência Multilateral de Garantias de Investimentos (MIGA, sigla em inglês). Assim, na estrutura do grupo se encontram diferentes instrumentos relativos ao combate à corrupção.

O documento destinado a contratações que utilizam financiamentos do BIRD (“Diretrizes para Contratação de Bens, Trabalhos e Serviços Não-Consultivos”⁴⁶⁰) destina uma seção de seu conteúdo a potenciais práticas corruptas e fraudulentas. Nesse passo, o item 1.16 exige que os contratados para execução de projetos financiados com recursos do banco guardem alto grau de ética durante a licitação e execução. O tópico caracteriza como prática corrupta o oferecimento de qualquer objeto de valor em troca de influências irregulares a beneficiar a outra parte contratante (Item 16.1, a, I)⁴⁶¹. Já fraude é conceituada como qualquer omissão ou deturpação destinada a enganar a parte contrária, obtendo algum benefício na contratação (art. 16.1, a, II)⁴⁶². Todas as partes envolvidas no financiamento devem agir para prevenir a corrupção, guardando o dever de reportar à instituição qualquer irregularidade que venham a ter ciência⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Tradução de *Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Guidelines*.

⁴⁶¹ “‘Prática corrupta’ é oferecer, dar, receber ou solicitar, direta ou indiretamente, algo de valor para influenciar indevidamente as ações de outra parte (tradução própria de: “*Corrupt practice*’ is the offering, giving, receiving, or soliciting, directly or indirectly, of anything of value to influence improperly the actions of another party”).

⁴⁶² “‘Prática fraudulenta’ é qualquer ato ou omissão, incluindo uma declaração falsa, que conscientemente ou imprudentemente engana, ou tenta induzir em erro, uma parte para obter um benefício financeiro ou outro tipo de benefício ou para evitar uma obrigação (tradução própria de: “*Fraudulent practice*’ is any act or omission, including a misrepresentation, that knowingly or recklessly misleads, or attempts to mislead, a party to obtain a financial or other benefit or to avoid an obligation”).

⁴⁶³ BANCO MUNDIAL. *Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*. Washington, DC: 2011 (revisada em 2014). Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/492221459454433323/Procurement-GuidelinesEnglishJuly12014.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

O papel do Banco Mundial não fica restrito, todavia, aos programas por ele financiados, desenvolvendo outros projetos com o intuito de estimular os países a coibir práticas corruptas. Em 1997 foi lançada uma publicação intitulada “Ajudando os países a combater a corrupção: o papel do Banco Mundial”. Esse documento versa sobre o fortalecimento institucional, discorrendo sobre uma série de medidas que podem ser adotadas pelos países com o objetivo de tornar suas instituições mais transparentes, eficientes e profissionais. O banco se propõe, desse modo, a cooperar com os Estados, a fim de conceber reformas orçamentárias, fiscais e institucionais com o escopo de reduzir a exposição à corrupção⁴⁶⁴. Nesse documento, o banco trata também de seu papel em reformas judiciais e jurídicas, destacando que ganhou experiência atuando nessa área especialmente na América Latina e na África⁴⁶⁵.

Especificamente acerca do Brasil foi confeccionado, no ano de 2004, um relatório intitulado Medindo e Aprimorando o Desempenho Judiciário no Brasil, cujo o escopo foi traçar um diagnóstico acerca da situação do judiciário no país, fazendo recomendações para que fossem adotados novos critérios de eficiência no judiciário. Esses relatórios possuem um nítido caráter informal, mas que podem vir a influir no ordenamento jurídico interno dos países⁴⁶⁶. Não se pode olvidar, desse modo, que diversas reformas foram efetivadas na legislação brasileira, com o objetivo de conferir maior celeridade e efetividade aos processos judiciais.

O Banco Mundial também trabalha com importantes indicadores, como o “*The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project*”, o qual insere o controle da corrupção entre um de seus itens avaliados. Outro projeto importante patrocinado pelo Banco Mundial é “*Doing Business*”, destinado a verificar os obstáculos para o empreendedorismo nos mais diversos países do mundo, o qual utiliza a existência de corrupção como um dos entraves a serem considerados em seus relatórios.

Uma organização não-governamental que possui uma importância bastante acentuada na produção de materiais relacionados ao controle da corrupção é a Transparência Internacional, cujo retrospecto lhe garante uma reputação bastante reconhecida nesse âmbito. Essa organização foi fundada em 1993 e possui abrangência bastante ampla, estando presente em mais de 100 países, dentre os quais o Brasil. A ONG se intitula como um “movimento global

⁴⁶⁴ BANCO MUNDIAL. *Helping Countries Combat Corruption. The Role of the World Bank*. Washington, DC: 1997, p. 40 e ss. Disponível em <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf>>. Acesso em 08/07/2018.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 43.

⁴⁶⁶ BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte. Medindo e aprimorando o desempenho do judiciário do Brasil*. Washington, DC: 2004. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/927921468769735592/pdf/327890PORTUGUE10Que0A0Justica0Conte.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

anticorrupção” e tem como escopo a construção de “um mundo em que governos, empresas e o cotidiano das pessoas estejam livres da corrupção”⁴⁶⁷.

Dentre seus trabalhos, destaca-se a edição anual do “*Corruption Perceptions Index*” (Índice de Percepção da Corrupção). Trata-se de um índice no qual diversos países pesquisados (180 na edição de 2017, última publicada) recebem uma pontuação de acordo com os níveis de corrupção perceptíveis no setor público, de acordo com o entendimento de especialistas e empresários. A pontuação varia de 0 a 100, sendo que, quanto maior a pontuação, menor o nível de corrupção perceptível. O Brasil, no *ranking* de 2017, possui 37 pontos, ocupando a 96ª posição dentre os 180 países pesquisados⁴⁶⁸.

Recentemente, a representação da Transparência Internacional no Brasil, em parceria com as Escolas de Direito do Rio de Janeiro e de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) lançaram um documento intitulado “Novas Medidas Contra a Corrupção”. Nele estão incluídas 70 propostas, materializadas em anteprojetos de lei, anteprojetos de emendas à constituição e anteprojetos de resoluções com o escopo de incentivar o aprimoramento institucional no que concerne ao controle da corrupção⁴⁶⁹. Acerca da responsabilização da pessoa jurídica, existem proposições relacionadas à punição civil e administrativa por corrupção privada, algo hoje inexistente no ordenamento jurídico pátrio (Medida 45) e alterações nos acordos de leniência nas leis anticorrupção e de improbidade (Medida 50), dentre outras.

Outra ordem transnacional de caráter privado importante de ser mencionada é o chamado *World Justice Project*, o qual se caracteriza como uma organização não governamental independente e multidisciplinar, cujo escopo é estimular o avanço do Estado de Direito em todo o globo. Essa organização produz um indicador internacional importante, o *Rule of Law index*, o qual consagra a privação da corrupção pelas agências governamentais como um de seus fatores de análise.

Foram destacados quatro tipos de institutos que podem se comportar como ordens globais anticorrupção espontâneas e informais. O primeiro, e único voltado exclusivamente à responsabilização da pessoa jurídica, constitui-se pelos princípios do G20. O Banco Mundial, noutro giro, é uma instituição pública, instituída no pós-guerra por diversos países. Já a

⁴⁶⁷ Informações retiradas do seu *site* brasileiro: <<https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/sobre-at-i/>>. Acesso em 12/11/2018.

⁴⁶⁸ Informações retiradas do *site* da organização: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em 12/11/2018.

⁴⁶⁹ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL/FGV. *Novas Medidas Contra Corrupção – Pacote Completo*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/23949>>. Acesso em 12/11/2018.

Transparência Internacional e o *World Justice Project* são organizações não governamentais, sem fins lucrativos, com o escopo de incentivar o aperfeiçoamento institucional. Em comum, elas têm o fato de produzirem relatórios, indicadores e outros documentos capazes de influenciar no ordenamento interno dos países, mesmo sem ter caráter de obrigatoriedade, o que as torna típicas ordens jurídicas transnacionais informais. Existem diversas outras instituições que poderiam ser aqui mencionadas. No entanto, tendo em vista o foco do estudo, foram expostas quatro instituições representativas desse setor como parâmetro.

2.3. Conclusões Parciais

O objetivo do presente capítulo foi demonstrar a existência de diversas ordens jurídicas transnacionais anticorrupção que envolvem o Brasil. Nesse sentido, destacaram-se três convenções formais das quais o Brasil é signatário, além de outras ordens de caráter informal que podem influenciar o ordenamento jurídico doméstico.

Importante mencionar, nesse contexto, que o processo de internacionalização do combate à corrupção, inicialmente na sua modalidade transnacional, deu-se por pressão diplomática dos Estados Unidos que, por influência política doméstica, envidou esforços para internacionalizar sua legislação (FCPA). Conforme visto, a criminalização do suborno a autoridades estrangeiras despertou certa reação ao empresariado do país, o qual passou a identificar uma vantagem competitiva em empresas transnacionais oriundas de países tolerantes com corrupção no exterior.

Esse cenário acabou encontrando eco em outros países, tornando possível a criação de um discurso multilateral contra corrupção. Inicialmente, dois fóruns lograram êxito na adoção de convenções sobre o tema: OEA e OCDE. Nenhum deles, contudo, atingiu o âmbito global. A organização interamericana evidentemente teve por objeto sua área de abrangência geográfica. Já a OCDE, por ser formada por um conjunto limitado de países, não atingiu escala global, embora tenha alcançado parcela expressiva dos países envolvidos com investimento direto estrangeiro. Não se pode deixar de destacar a pretensão universalista da convenção da OCDE, a qual não limita adesão aos membros da organização permitindo que nações diversas, como o próprio Brasil, passem a fazer parte dela. Em momento posterior, surge a Convenção de Mérida, patrocinada pela ONU, essa sim, com escopo global.

Essas três ordens jurídicas transnacionais possuem abrangências diferenciadas, havendo uma relação de complementariedade entre elas. Conforme estudado, hipoteticamente seria possível a convenção da ONU suplantarem as demais devido às suas pretensões globais. No entanto, não foi a isso que se assistiu, notadamente devido aos efeitos jurídicos produzidos pelas ordens jurídicas transnacionais. Destaque-se, assim, que o programa da OCDE, protagonizado pelo WGB, possui uma acentuada expertise no seu sistema de monitoramento, sendo produzidos diversos relatórios em seus ciclos avaliativos, os quais são bastante densos em termos de conteúdo. Já o sistema da ONU, até pelo seu propósito universalista, possui um sistema de monitoramento mais tímido, embora tenha importantes contribuições. A OEA tem um caráter regional importante e produz relatórios bastante detalhados. A responsabilidade da pessoa jurídica, contudo, ocupa apenas um papel lateral nessa convenção, tornando-a não tão importante quanto as demais para o objeto em estudo. Por fim, não se pode descartar o papel de ordens jurídicas transnacionais informais, as quais também podem influenciar o ordenamento jurídico pátrio. Dentro da temática em estudo, os Princípios do G20 sobre a responsabilização de pessoas jurídicas têm uma importância bastante acentuada, tendo em vista o peso político do grupo, inobstante não se trate de um instrumento juridicamente vinculante.

É importante destacar que os relatórios produzidos pelo sistema de monitoramento são importantes ferramentas de trabalho, pois permitem medir o grau de influência das convenções nos sistemas pátrios de cada país. É a partir desse material que se construirá, no próximo capítulo, um estudo sistemático acerca da influência dessas ordens no ordenamento brasileiro, notadamente no que concerne à responsabilização da pessoa jurídica. Ademais, há que se destacar que o escopo do presente estudo é analisar a influência das ordens jurídicas transnacionais no ordenamento brasileiro, independentemente de seu grau de cogência, razão pela qual os relatórios ganham destaque acentuado.

A pergunta a que o Capítulo 2 estava destinado a responder (*os mecanismos internacionais anticorrupção podem ser considerados ordens jurídicas transnacionais?*), a qual constitui-se em uma das duas principais do presente estudo, deve ser respondida de forma assertiva. Conforme demonstrado, existem ordens jurídicas transnacionais anticorrupção formais e informais, as quais tem o condão de influenciar na ordem jurídica interna dos Estados que com os quais elas interagem. A partir da segunda parte do trabalho, essas interações com o ordenamento jurídico brasileiro passarão a ser estudadas com maior afinco.

O fenômeno da recursividade ficou bastante premente na ordem jurídica transnacional oriunda da OCDE, tendo em vista ter sido o fórum elegido pelos EUA para internacionalizar o

FCPA. Desse modo, a convenção ficou restrita à corrupção de autoridades estrangeiras. No entanto, a convenção da OEA, patrocinada igualmente pelo governo norte-americano, e, posteriormente, a Convenção de Mérida surgiram a partir desse mesmo contexto histórico formado, o qual restou caracterizado pelo fato de o combate à corrupção ter passado a ser tema da agenda multilateral. Para os fins do presente estudo, todas as ordens, com destaque para as patrocinadas pela OCDE e pela ONU, são importantes, tendo em vista o foco na responsabilização da pessoa jurídica.

**PARTE II. O BRASIL E AS ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS
ANTICORRUPÇÃO: INTERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DA
PESSOA JURÍDICA**

CAPÍTULO 3. O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS DE CORRUPÇÃO: UMA INFLUÊNCIA DE ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS?

Estabelecidas as principais premissas teóricas no Capítulo 1 e estudadas as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção no Capítulo 2, passar-se-á, doravante, ao objeto mais específico da presente tese. O escopo do presente capítulo é, portanto, aprofundar a análise da interação entre as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção e o ordenamento jurídico brasileiro, procurando encontrar impactos relativos à responsabilização da pessoa jurídica.

O presente capítulo foi dividido em duas partes. Na Seção 3.1, o escopo é uma análise da evolução da responsabilização da pessoa jurídica no Brasil. Para tanto, ela está subdividida em três subseções, sendo que a primeira é responsável pela análise do ordenamento brasileiro, no que se refere ao tema em estudo, passando pela responsabilização civil, administrativa e penal. A segunda tem por escopo verificar como as ordens jurídicas transnacionais, por meio de seus mecanismos de monitoramento, examinam essa temática no Brasil. Por fim, a terceira tem por objeto fazer uma análise da Lei nº 12.846/2013, e sua regulamentação no plano federal, a fim de estabelecer a ocorrência de impactos das ordens jurídicas transnacionais na sua elaboração.

A Seção 3.2 é destinada a observar como se deu o impacto das ordens jurídicas transnacionais no ordenamento brasileiro. Assim, ela igualmente está subdividida em três partes. A Subseção 3.2.1 tem por objeto responder, de forma específica e objetiva, à pergunta condutora da pesquisa. A segunda subseção, de outra parte, é voltada a fazer um cotejo entre a legislação brasileira e a de outros países economicamente relevantes, signatários da Convenção da OCDE, de modo a determinar as especificidades do modelo brasileiro. A última subseção tem por escopo analisar o fenômeno da recursividade aplicado ao objeto de estudo. Ao final, são apresentadas conclusões parciais.

3.1. Evolução da responsabilização da pessoa jurídica no Brasil por atos de corrupção

O objeto da presente seção é analisar a evolução da responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil em cotejo com os relatórios emitidos pelas ordens jurídicas anticorrupção que o país aderiu. Para tanto, na Subseção 3.1.1 serão estudados os principais diplomas legais brasileiros

relativos à responsabilização da pessoa jurídica (civil, administrativa e penal). No tópico 3.1.2, serão analisados relatórios sobre o tema efetuados no âmbito dos instrumentos anticorrupção firmados pelo Brasil. Por fim, na Subseção 3.1.3, será estudada especificamente a Lei nº 12.846/2018, conhecida por Lei Anticorrupção.

3.1.1. Responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil: civil, administrativa e penal

Antes de se adentrar no tema da responsabilização, é necessário, à guisa de introito, que seja realizada uma breve abordagem acerca do instituto da pessoa jurídica, com o escopo de clarificar o objeto de estudo. Nesse passo, é importante salientar que a pessoa jurídica é uma criação jurídica⁴⁷⁰, sendo constituída por um ente formal, sujeito de direitos e obrigações, as quais são autônomas em relação às pessoas físicas que lhe administrem⁴⁷¹.

O Código Civil brasileiro confere um lugar de destaque às pessoas jurídicas em sua parte geral, garantindo sua importância enquanto sujeito de direitos e obrigações. Desse modo, são trazidas duas categorias de pessoas jurídicas: as de direito público e as de direito privado. As de direito público, por sua vez, compreendem as de direito público interno (União, Estados, Municípios, autarquias e demais entidades assim definidas em lei), conforme o art. 41 e as de direito público externo (Estados estrangeiros e demais pessoas regidas pelo direito internacional público, como as organizações internacionais), consoante expressa previsão do art. 42. Já as pessoas jurídicas de direito privado são elencadas no art. 44: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada⁴⁷².

As sociedades, de outra parte, podem ter diversos tipos societários. Conforme a legislação civil, as pessoas jurídicas formais (ou personificadas) podem ser simples⁴⁷³ (art. 997),

⁴⁷⁰ Registre-se que há teóricos do direito empresarial que consideram a existência da pessoa jurídica pré-normativa. Ou seja, anterior ao próprio direito. Essa discussão, todavia, tem um caráter teórico e não será aqui aprofundada por não ser relevante ao estudo. Para maiores informações, ver COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial. Direito da Empresa*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8 e ss.

⁴⁷¹ COELHO, 2007, p. 9-10.

⁴⁷² Essa figura jurídica foi criada pela Lei nº 12.441/2011 e consubstancia-se em uma pessoa física que exerce atividade comercial por meio de um ente que contrai direitos e obrigações em nome próprio. O titular é beneficiado na medida em que responde apenas limitadamente pelas obrigações contraídas. Ficou notoriamente conhecida como EIRELI.

⁴⁷³ Espécie societária mais simples que existe, na qual não há proteção do patrimônio dos sócios quanto às obrigações contraídas.

de nome coletivo⁴⁷⁴ (art. 1.039), em comandita simples⁴⁷⁵ (art. 1.045), limitada (art. 1.052), anônima (art. 1.088 e Lei nº 6.404/1976) e comandita por ações⁴⁷⁶ (art. 1090). Por fim, há ainda a sociedade cooperativa (art. 1.093 e Lei nº 5.764/1971), a qual é caracterizada principalmente pelo fato de as decisões não serem tomadas de acordo com o percentual do capital social detido por cada um dos cooperados, mas, sim, pelo seu voto individual (art. 1.094, VI).

De todas as formas societárias referidas no parágrafo anterior, as mais relevantes são, sem dúvida alguma, a sociedade limitada e a sociedade anônima. Ambas são instituições nas quais os sócios respondem apenas pela sua contribuição ao capital social, sendo eximidos de obrigações superiores ao valor investido, ressalvados casos de desconsideração da pessoa jurídica⁴⁷⁷. Conforme explica Fábio Ulhoa Coelho, o capital social é a contribuição do sócio para a empresa, assumindo ele a obrigação de integralizá-lo, sendo a sua responsabilidade patrimonial restrita à essa contribuição⁴⁷⁸. Essa limitação da responsabilidade reforça o “princípio da autonomia patrimonial”, conceito chave das atividades empresariais, pois permite que o empreendedor assuma um risco limitado, incentivando, ou até mesmo possibilitando, a atividade empresarial⁴⁷⁹.

As duas formas empresariais em comento se diferem na forma de divisão do capital social. Enquanto na sociedade limitada ele é dividido em quotas de participação, na sociedade anônima é em ações. A grande diferença entre os dois modelos reside no fato de as ações facilitarem a existência de uma base acionária expressivamente mais elevada do que nas sociedades limitadas. Desse modo, sendo o capital social dividido em milhões de ações, torna-se bastante factível a existência de uma gama expressiva de sócios, os quais muitas vezes sequer se conhecem, daí a origem de seu nome. Registre-se que historicamente, esse tipo societário se formou com o escopo de permitir a utilização da poupança de um número variado de pessoas para grandes empreendimentos⁴⁸⁰. Ademais, a sociedade anônima permite uma fluidez acentuada em suas ações que, quando a sociedade tem capital aberto, podem ser negociados em bolsa de valores.

⁴⁷⁴ Espécie societária na qual todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas

⁴⁷⁵ Nessa espécie societária, há dois tipos de sócios: aqueles que respondem ilimitadamente pelas obrigações contraídas (comanditados) e aqueles que respondem apenas pela sua quota parte (comanditários).

⁴⁷⁶ Idêntica à comandita simples, sendo, todavia, o capital dividido em ações.

⁴⁷⁷ Existem diversas modalidades de desconsideração da personalidade civil no direito brasileiro. As principais são a geral, prevista no Código Civil (art. 50), a relativa a obrigações decorrentes de relações de consumo (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor) e a decorrente da Lei Anticorrupção (art. 14).

⁴⁷⁸ COELHO, 2007, p. 159.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 16.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 63-64.

Para o WGB da OCDE⁴⁸¹, importante observar que o conceito de pessoa jurídica é bastante amplo, sendo consideradas todas as organizações (geralmente uma empresa⁴⁸²), que possuem direitos e obrigações legais, dentre os quais a proibição de suborno a autoridades estrangeiras⁴⁸³. No Brasil, a lei de responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção, a Lei nº 12.846/2013, adiante estudada, possui um conceito bastante amplo de pessoa jurídica, permitindo o enquadramento de qualquer ente, empresa ou não, que pratique atos de corrupção, conforme define seu art. 1º, parágrafo único⁴⁸⁴. Vale destacar que, dentre os signatários da Convenção da OCDE, alguns países endereçam suas sanções por suborno a empresas, corporações ou entidades de negócios⁴⁸⁵, restringindo a responsabilização a alguns tipos de pessoa jurídica.

A responsabilização civil da pessoa jurídica no Brasil é algo bastante antigo estando inerente à própria concepção de ente sujeito a direitos e deveres. Nesse sentido, evidentemente, toda a pessoa jurídica responde, de forma contratual ou extracontratual, por atos ilícitos cometidos nos termos da legislação civil. Essa questão está, desse modo, bastante sedimentada no direito pátrio atual, sendo aplicado o Código Civil sem ressalvas. No que tange especificamente à responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, tem-se que a pessoa jurídica pode cometer atos ilícitos, sejam eles omissivos ou comissivos⁴⁸⁶, sendo, nesse caso, obrigatória a respectiva reparação⁴⁸⁷. A obrigação de reparar o dano pode ganhar ainda contornos de responsabilidade objetiva se a atividade desenvolvida envolver risco⁴⁸⁸. Do mesmo modo, a responsabilidade tributária igualmente é bastante antiga e integra a própria essência da pessoa jurídica. Pela notória evidência desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro, não é necessário que sejam realizadas maiores ilações.

⁴⁸¹ OCDE. *The Liability of Legal Persons For Foreign Bribery: A Stocktaking Report*. Paris: 2016, p. 11.

⁴⁸² O relatório da OCDE utiliza da expressão “*corporations*”, que poderia ser traduzida como corporação. No entanto, essa expressão refere-se ao tipo societário mais comum nos Estados Unidos, que aqui corresponderia à sociedade anônima.

⁴⁸³ Registre-se que o relatório elaborado pelo WGB tem por base a Convenção da OCDE contra suborno de autoridades estrangeiras. Por isso essa menção específica.

⁴⁸⁴ Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.846/2013: “Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

⁴⁸⁵ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 227.

⁴⁸⁶ Art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁸⁷ Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁴⁸⁸ Art. 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Nesse contexto, tem-se que a responsabilidade civil e tributária da pessoa jurídica são institutos bastante consolidados no âmbito do ordenamento brasileiro, não se encontrando controvérsias relevantes quanto à sua existência. A questão ganha contornos mais complexos na medida em que a responsabilização da pessoa jurídica passou a ser objeto do chamado direito administrativo sancionador, o que gerou a possibilidade de a pessoa jurídica responder, em nome próprio, por atos ilícitos em um sentido mais estrito⁴⁸⁹, sujeitando-a a um sancionamento estatal, por infrações que infrinjam a ordem econômica, a concorrência, o meio ambiente, o consumo e, mais recentemente, a probidade na realização de suas atividades. Em outras palavras, deixa-se aqui de falar apenas em responsabilidade para se falar mais especificamente em sanção.

Nesse passo, conforme define Fábio Medina Osório, o direito administrativo sancionador constitui-se em um conceito amplo, que procura congrega diversas normas de caráter punitivo administrativo no mesmo âmbito de análise. Segundo esse mesmo autor, as principais referências teóricas encontradas acerca de um direito administrativo sancionador advém de países europeus, como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha⁴⁹⁰. Registre-se, consoante já abordado, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é mais corriqueira nos países do *common law*, os quais não possuem um direito administrativo tão desenvolvido como os países de tradição civilista.

Conforme narra Fábio Medina Osório, com amparo em autores europeus, é bastante vetusta a ideia de uma sanção administrativa. Veja-se que, em período anterior à teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu⁴⁹¹, não se tinha um contorno perfeito de todos os poderes de Estado, havendo certa confusão de atribuições nos desenhos institucionais vigentes. Todavia, o ideal da sanção é bastante antigo, sendo certo que esse poder sancionador provinha do próprio executivo, o detentor do poder fático em um cenário pré-revolução francesa. É após esse período que a Teoria do Estado passa a tratar o poder judiciário como o fiel balizador da aplicação do direito penal, agora fundado na legalidade, e afastando a punição ao indivíduo do

⁴⁸⁹ Entenda-se incluído no conceito de ato ilícito em sentido amplo aqueles concernentes às relações de direito privado, como o descumprimento contratual ou o desabamento de um muro de uma empresa, o que gera responsabilidade civil extracontratual.

⁴⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 87-88.

⁴⁹¹ Em sua célebre passagem, Montesquieu analisa a constituição da Inglaterra e dela extrai a existência de três poderes (legislativo, executivo e judiciário), consagrando a tripartição dos poderes que baliza diversas nações, notadamente a brasileira. Ver MONTESQUIEU. Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1995 [1758], p. 112 e ss. Disponível em: <https://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf>. Acesso em 20/11/2018.

poder executivo, como uma garantia de independência de jurisdição⁴⁹². Afora do direito penal, contudo, é inevitável que o poder executivo conserve um largo poder sancionatório ligado ao poder de polícia propriamente dito, uma vez que mesmo regras simples implicam em alguma sanção pelo seu descumprimento⁴⁹³. Aliás, seria impensável deixar toda e qualquer sanção a cargo do judiciário, o que tornaria a atividade jurisdicional inviável⁴⁹⁴.

A sanção administrativa, com efeito, deve ser vista a partir de uma dimensão formal e material do direito administrativo. Ou seja, tanto a esfera material do direito administrativo, quanto a esfera processual, se revelam imprescindíveis no manejo do procedimento do sancionamento a ataques em face de bens jurídicos protegidos pela Administração Pública. Há, desse modo, um “alargamento do campo de incidência dessas sanções, na perspectiva de tutela dos mais variados bens jurídicos, inclusive no plano judicial, como ocorre em diversas searas, mais acentuadamente no tratamento legal conferido ao problema da improbidade administrativa”⁴⁹⁵.

A sanção administrativa, assim, não é necessariamente restrita ao Poder Executivo⁴⁹⁶. No Brasil, o judiciário pode aplicar sanções administrativas a pessoas jurídicas, revelando-se importante destacar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), como um modelo já consolidado no ordenamento pátrio em que a sanção administrativa depende da atuação do poder judiciário. Nesse microssistema jurídico, tem-se que a pessoa jurídica de direito público lesada pelo ato ímprobo cometido (União, Estados, Municípios e entidades da administração indireta) podem acionar o poder judiciário a fim de impor sanções, sem prejuízo da atuação do Ministério Público⁴⁹⁷. Não existe, desse modo, nenhuma restrição a que o legislador democraticamente atribua determinado sancionamento ao Poder Judiciário de forma exclusiva⁴⁹⁸. A fórmula adotada na Lei Anticorrupção, conforme adiante explorado, permite que algumas sanções sejam aplicadas administrativamente, reservando outras ao judiciário.

Em um caráter bastante amplo, sanção administrativa pode ser vista como

⁴⁹² OSÓRIO, 2015, p. 91.

⁴⁹³ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 51.

⁴⁹⁴ OSÓRIO, 2015, p. 91.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁹⁶ A França, berço do sistema de jurisdição dúplice, no qual existe um contencioso exclusivamente administrativo, que não se comunica com o contencioso judiciário geral, fala-se em “sanções administrativas jurisdicionais”, em referência a reprimendas de exclusiva competência dos tribunais administrativos franceses. DELLIS, Georges. *Droit Pénal e Droit Administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LFDJ, 1997, p. 10-13.

⁴⁹⁷ Art. 17 da Lei nº 8.429/1991: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

⁴⁹⁸ OSÓRIO, 2015, p. 92.

um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas⁴⁹⁹.

Evidentemente que qualquer medida de caráter privativo da liberdade depende da jurisdição penal, o que é uma garantia constitucional (art. 5º, LXI⁵⁰⁰). Todavia, outras sanções como multas, confisco do produto da corrupção, interdição temporária de estabelecimento, obrigação de publicar a condenação em veículo de imprensa, imposição da adoção de mecanismos de *compliance*, dentre outras, podem ser imposta em caráter administrativo. Como a privação da liberdade não atinge pessoas jurídicas, tem-se que as sanções administrativas podem ser aplicadas de um modo geral independentemente do Poder Judiciário, o que não exclui eventual reapreciação da sanção judicialmente⁵⁰¹.

A já referida Lei de Improbidade Administrativa ocupa um *locus* privilegiado no estudo da responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção no ordenamento brasileiro. Essa lei, com efeito, foi publicada em 02 de junho de 1992 e decorre de uma previsão geral estatuída na Constituição de 1988, a qual determina a punição por atos de improbidade administrativa na forma da lei⁵⁰². O diploma legislativo abrange a responsabilização por atos de improbidade administrativa praticados por pessoas jurídicas, embora o intuito inicial da legislação tenha sido a punição dos agentes públicos ímprobos⁵⁰³. A redação final de seu art. 3º, com efeito, afirma

⁴⁹⁹ OSÓRIO, 2015, p. 107.

⁵⁰⁰ “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

⁵⁰¹ Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser obstada de ser analisada pelo judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

⁵⁰² Art. 37, § 4º, da Constituição Federal: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

⁵⁰³ Registre-se que o Projeto de Lei nº 1.446/1991, enviado pelo Poder Executivo por meio da Mensagem 406/1991, que deu origem à Lei nº 8.429/1991, tinha por escopo apenas a punição de agentes públicos por enriquecimento ilícito. Posteriormente, houve a incorporação de outros tipos de ilícitos, bem como a responsabilização de terceiros, dentre os quais as pessoas jurídicas beneficiadas. Ver: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 286 -288. A íntegra do projeto de lei original pode ser acessada em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>>. Acesso em 21/11/2018.

que terceiros que se beneficiem de qualquer forma do ato de improbidade praticado deverão ser igualmente punidos, o que inclui as pessoas jurídicas⁵⁰⁴.

A Lei nº 8.429/1992 trabalha basicamente com três tipos genéricos de atos de improbidade administrativa, os quais são passíveis de sancionamento: atos que acarretam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Todos esses tipos abrangentes são exemplificados em incisos abaixo de cada um dos artigos mencionados por meio de diversas condutas mais específicas como “conceder benefício administrativo ou fiscal sem observância das normas legais ou regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea” (art. 10, VI) e “frustrar a licitude de concurso público” (art. 11, V). Recentemente foi incluído, pela Lei Complementar nº 157/2016, um novo tipo de ato de improbidade administrativa relacionado à concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A).

No que concerne às penas, a legislação em comento trabalha com as seguintes possibilidades: perda de valores ilicitamente incorporados ao patrimônio, ressarcimento integral do dano causado, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

A responsabilização da pessoa jurídica pela Lei de Improbidade Administrativa é, portanto, um marco importante no ordenamento jurídico brasileiro acerca do sancionamento a pessoas jurídicas. No que tange às penalidades, as únicas que não lhe são impostas, por motivos óbvios, são a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. Uma questão mais delicada refere-se ao fato de a legislação exigir dolo ou culpa (essa podendo ser considerada apenas para os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário)⁵⁰⁵ e a dificuldade de se auferir esses elementos subjetivos na conduta de uma pessoa jurídica, ao menos da maneira tradicional. Essa situação será mais bem tratada quando for estudada a Lei nº 12.846/2013. Essa celeuma, todavia, parece não ter provocado uma resistência na aplicação da legislação em relação a pessoas jurídicas. Isso porque, em estudo patrocinado pelo Conselho Nacional de

⁵⁰⁴ Art. 3º “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” A jurisprudência reconhece de forma uníssona a possibilidade de responsabilização de pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa (ver, por exemplo, os Recursos Especiais 916.895/MG, rel. Min. Luiz Fux – 08/09/2009 e 1.122.177/MT, rel. Min. Herman Benjamin – 23/03/2010).

⁵⁰⁵ O STJ solidificou jurisprudência no sentido de a presença do elemento subjetivo dolo ou culpa, essa especificamente no caso de prejuízo ao erário (art. 10), ser imprescindível à configuração da improbidade administrativa. Nesse sentido: Embargos de Divergência 479.812/SP, rel. Min. Teori Zavascki (27/09/2010). Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200702940268>. Acesso em 21/11/2018.

Justiça, identifica-se que, entre 2006 e 2016, houve a condenação de 472 pessoas jurídicas por atos de improbidade administrativa, número que representa apenas 7,16% das condenações no âmbito dessa legislação⁵⁰⁶, mas que afasta a existência de uma resistência sistemática na sua aplicação em relação a pessoas não naturais.

Além da Lei de Improbidade Administrativa, outro diploma importante na responsabilização da pessoa jurídica que não pode ser olvidado é a legislação antitruste. Com efeito, irregularidades praticadas contra a ordem concorrencial vêm sendo combatidas no Brasil por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Na história, importante fazer referência ao primeiro diploma brasileiro destinado à defesa da concorrência⁵⁰⁷: o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Esse diploma legal trouxe, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, a tipificação de crimes contra a concorrência e previu expressamente a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em seu art. 6º, cominando a sanção de interdição após a condenação⁵⁰⁸. A lei era bastante incipiente e não revelou maiores preocupações com a novidade que se avizinhava consubstanciada na responsabilização penal da pessoa jurídica.

Noutro giro, o primeiro passo para a responsabilização administrativa da pessoa jurídica por infrações à ordem concorrencial se deu por meio do Decreto-Lei nº 7.666/1945, conhecida por “Lei Malaia”, que foi editada já no ocaso do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945). Essa legislação, de forte índole nacionalista e protecionista, foi o primeiro ato a conferir contornos de sanção administrativas a empresas que cometessem atos ilícitos em face da concorrência. Ela sofreu severas críticas justamente por submeter ao poder executivo os interesses da iniciativa privada, chegando a ser taxada de lei nazifacista que ameaçava a economia do país⁵⁰⁹.

A evolução legislativa do tratamento antitruste no Brasil passou pelas Leis nºs 1.521 e 1.522, de 1951, as quais versaram sobre questões concorrenciais, sem, contudo, criar uma sistematização. Esse tema somente mudou substancialmente com a Lei nº 4.137/1962, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Esse diploma legal, contudo,

⁵⁰⁶ BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*. Brasília: CNJ, v. 2, 2017, p. 29.

⁵⁰⁷ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015 [1998], p. 100.

⁵⁰⁸ “Quando qualquer dos crimes definidos nesta lei for praticado em nome de pessoa jurídica, o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderá interditá-la, uma vez passada em julgado a sentença, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis.”

⁵⁰⁹ FORGIONI, 2015, p. 105-106.

não foi dotado de uma efetividade, o que acabou fazendo com que o órgão central antitruste acabasse caindo no descrédito da população, sendo conhecido como uma instituição inoperante. Paula Forgioni chega a afirmar que a norma em comento teve “um punhado de ‘surtos de vigência’”, não tendo contribuído como instrumento atuante de política econômica⁵¹⁰.

Após longo período de vigência da Lei nº 4.137/1962, sobreveio uma nova legislação já no marco constitucional de 1988⁵¹¹. Trata-se da Lei nº 8.158/1991, a qual nasceu em meio à liberalização econômica promovida pelo governo de Fernando Collor (1990-1992). Essa legislação teve uma vigência bastante curta, sendo substituída Lei nº 8.884/1994, a qual criou o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, transformando o CADE em autarquia federal⁵¹². Essa última lei, por fim, foi substituída pela atual, a Lei nº 12.529/2011, a qual aperfeiçoou ainda mais o sistema de defesa da concorrência, mantendo e aperfeiçoando a estrutura administrativa do órgão central de defesa econômica, criando, dentro de sua estrutura um Tribunal Administrativo.

A legislação antitruste brasileira atual, portanto, consagra que a defesa da concorrência é realizada por um órgão central, o CADE, ao qual compete à responsabilização das pessoas físicas e jurídicas que pratiquem atos que afetem a concorrência. A punição se dá por meio de quatro grandes tipos de infrações administrativas, as quais são exemplificadas por outras condutas típicas mais específicas. Conforme o art. 36 da lei em apreço, as quatro infrações básicas são: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e, d) exercer de forma abusiva posição dominante. Essa opção de regulação é, em certa medida, semelhante à da Lei de Improbidade Administrativa, com a ressalva de que a legislação antitruste é aplicada por um Tribunal Administrativo específico.

As sanções que podem ser aplicadas são de duas espécies: pecuniárias e não pecuniárias. As penas pecuniárias consubstanciam-se em multas, que podem chegar a dois bilhões de reais (art. 37, II). Já as não pecuniárias são: publicação na imprensa da decisão condenatória, proibição de contratação com o poder público, inscrição em cadastro nacional, cisão da sociedade, ou, ainda, “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos

⁵¹⁰ FORGIONI, 2015, p. 118-120.

⁵¹¹ A Constituição Federal de 1988 consagra a livre concorrência como um dos pilares da ordem econômica (art. 170, IV), determinando que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º).

⁵¹² FORGIONI, 2015, p. 120-121.

efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 38, VII), o que se constitui em um conceito jurídico indeterminado que permite um sancionamento de forma bastante alargada.

Para o presente estudo, importante ressaltar, interessa o fato de a legislação antitruste brasileira ser uma referência na responsabilização de pessoas jurídicas, a qual se dá de forma administrativa, por meio de um órgão especializado (CADE). Outra face importante, é o fato de essa legislação prever a existência dos chamados acordos de leniência (art. 86), o que permite que uma empresa que participe de um cartel ou outro tipo de arranjo danoso à concorrência, colabore com o Estado, a fim de obter benefícios em suas sanções, permitindo que as investigações se aprofundem. Para se ter ideia da importância do órgão, o *site*⁵¹³ do órgão aponta que, no ano de 2018, já foram julgados 535 processos, sendo aplicadas multas no valor de R\$ 603.763.304,96.

O controle externo das contas públicas brasileiro, formado por Tribunais de Contas também desempenha papel relevante na responsabilização de pessoas jurídicas, inclusive por atos de corrupção. No plano federal, atua o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão auxiliar do Poder Legislativo na forma do art. 71 da Constituição Federal. Dentre outras atribuições, destaque-se que compete à essa corte julgar as contas dos administradores de recursos públicos de qualquer natureza (art. 71, II) e realizar auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos públicos a fim de identificar a existência de irregularidades.

Há controvérsia acerca da natureza jurídica dos tribunais de contas, os quais existem por simetria também nos estados federados (art. 75 da Carta Magna). Não restam dúvidas de seu papel auxiliar do Congresso Nacional, que exerce a função fiscalizatória em caráter primário, resolvendo definitivamente sobre as contas prestadas. No entanto, é controvertida sua natureza jurisdicional, uma vez que se trata do único tribunal previsto na constituição fora da estrutura do poder judiciário. José Afonso da Silva, constitucionalista brasileiro renomado, afirma que se trata de um órgão técnico não jurisdicional, considerando que suas decisões podem ser revistas pelo poder judiciário⁵¹⁴.

Conforme a sua lei orgânica, a corte em comento tem o poder de fiscalização de todos os órgãos estatais, bem como daquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que recebem dinheiro público. Nesse universo estão incluídos recebimentos de verbas públicas tanto por contratos de

⁵¹³ <www.cade.gov.br> Acesso em 21/11/2018.

⁵¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006 [1976], p. 758-759.

prestação de serviços ao Estado, quanto subvenções públicas. Assim, todos os contratos e convênios da União estão abrangidos pela jurisdição do TCU, bem como instrumentos similares firmados por estados e municípios estão sujeitos ao controle dos respectivos tribunais de contas⁵¹⁵. Essa jurisdição evidentemente abrange pessoas jurídicas, as quais podem ser responsabilizadas por descumprirem contratos ou convênios ou, ainda, por praticarem atos típicos de corrupção⁵¹⁶. As sanções passíveis de aplicação são multa e obrigação de ressarcimento ao erário do prejuízo causado, além da declaração de inidoneidade da pessoa jurídica responsável, a qual fica impedida de contratar com o poder público, sanção essa que pode ser de extrema gravidade para empresas que contratam predominantemente com o Estado.

Apenas para exemplificar, um dos casos mais notórios de corrupção que ocorreu no Brasil foi o superfaturamento, acompanhado de suborno a gestores, da construção do prédio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo). Nesse contexto, o Juiz e Presidente do Tribunal, Nicolau dos Santos Neto, recebeu propinas para que a obra fosse realizada pelo Grupo Ok, controlado pelo então Senador Luis Estevão⁵¹⁷. Nesse caso, o TCU apurou diversas irregularidades, tendo responsabilizado o Grupo Ok e lhe aplicado multas e obrigações de ressarcimento ao erário que somaram R\$ 468.034.951,81⁵¹⁸.

Diversos outros casos são submetidos às cortes de contas brasileiras, resultando na responsabilização de diversas pessoas jurídicas por autos reputados irregulares. Tendo em vista a grande quantidade de danos ao erário e fraudes que ocorrem na execução de contratos e de

⁵¹⁵ As contas dos estados federados são analisadas pelos Tribunais de Contas Estaduais (TCEs) previstos nas suas respectivas constituições. Já as dos municípios ficam a cargo também das cortes estaduais, salvo nos estados em que são instituídos os tribunais de contas dos municípios, órgãos próprios para fiscalização desses entes (ver art. 31, § 1º, da Constituição). Existem, demais disso, os casos especiais das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo que contam com cortes de contas municipais para fiscalizá-las, as quais são pré-existentes à Constituição de 1988. Registre-se que novos entes municipais de controle externo não podem mais ser criados devido à previsão constitucional expressa (art. 31, § 7º).

⁵¹⁶ Art. 5º da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992): Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

(...)

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

⁵¹⁷ BRASIL. TCU. Acórdão 301/2001/Plenário. Processo 001.025/1998-8, Rel Min. Valmir Campelo (05/12/2001). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/102519988.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false>>

Acesso em 22/11/2018.

⁵¹⁸ Esse valor refere-se ao ano de 2012, quando a Advocacia-Geral da União (AGU) firmou acordo com o Grupo OK, com o objetivo de pagamento parcelado da dívida. O acordo, todavia, foi posteriormente descumprido, estando a dívida novamente em execução judicial. Maiores informações estão disponíveis na página de acompanhamento do acordo: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/219493>. Acesso em 22/11/2018.

convênios, tem-se nos órgãos de controle externo um papel de extrema importância no controle da corrupção.

Outra situação que enseja responsabilização administrativa das pessoas jurídicas refere-se à proteção do mercado de capitais. Nos termos da Lei nº 6.385/1976, compete à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), proteger os titulares dos papéis negociados, evitar ou coibir fraudes ou manipulações de mercado e assegurar o acesso público a informações relativas a valores mobiliários negociados, dentre outras⁵¹⁹. Para tanto, o referido órgão tem diversos poderes concernentes ao exame de documentos, arquivos contábeis e auditorias realizadas relativas a empresas de capital aberto (art. 9º do referido diploma legal), podendo impor diversas sanções a esses entes, notadamente multas (art. 11).

Além dos sistemas acima tratados, existem diversos outros mecanismos de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas no Brasil. A própria Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) prevê essa possibilidade em seus artigos 86 a 88, permitindo que o ente contratante aplique as penas de advertência, multa, suspensão temporária em participação de licitação e contratação com a administração, além da declaração de inidoneidade. Essa última sanção é a mais temida pelas empresas que são contratantes frequentes com o poder público, uma vez que impede a realização de novos negócios com a Administração de todos os entes federados, podendo significar uma verdadeira sentença de morte a empresas que prestam serviços de modo predominante, ou mesmo exclusivo, ao Estado, como as grandes empreiteiras especializadas em construção pesada⁵²⁰. Esse mecanismo é bastante eficiente. No âmbito

⁵¹⁹ “Art. 4º da Lei nº 6.385/1976: O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

I - estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários;

II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários.

c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários

V - evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;

VI - assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido;

VII - assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários;

VIII - assegurar a observância no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.”

⁵²⁰ O art. 87, IV, da Lei de Licitações afirma que a empresa declarada inidônea poderá ser reabilitada perante a autoridade que impôs a sanção após o ressarcimento à Administração dos prejuízos causados e após decorrido o prazo de dois anos.

federal, apenas a Controladoria-Geral da União (CGU), órgão central para condução desse tipo de procedimento de responsabilização, embora essa atuação não seja exclusivamente sua, já aplicou um total de 15.645 sanções com fundamento nessa legislação, sendo que atualmente 2.582 estão vigentes (proibição de contratação com a administração pública)⁵²¹.

As agências regulatórias brasileiras também desempenham papel parecido em relação às empresas sob sua supervisão, assim como o próprio Banco Central na qualidade de ente supervisor do sistema financeiro. Seria demasiado, contudo, tratar dessas diversas hipóteses no presente estudo, visto que não contribuiria para seu objeto central de análise. Ademais, existe, desde 2013, o regime de responsabilização da pessoa jurídica previsto na Lei nº 12.846/2013, que, pela sua importância à presente pesquisa, merecerá um tópico próprio.

Importa, nesse momento, firmar a ideia de que existem mecanismos de responsabilização da pessoa jurídica no Brasil por corrupção, constituindo-se a Lei de Improbidade Administrativa, assim como a atuação do CADE e do TCU, importantes exemplos desses sistemas de controle da corrupção. Ademais, cumpre salientar que o desenvolvimento regulatório e institucional dos órgãos envolvidos se deu principalmente no período posterior à vigência da ordem constitucional de 1988, se acentuando ainda mais após a assinatura, pelo Brasil, das convenções internacionais anticorrupção. Todavia, até esse momento, não há como estabelecer um elo entre a evolução legislativa e institucional brasileira e as ordens transnacionais, o que ficará mais nítido posteriormente.

De outra parte, a responsabilização penal da pessoa jurídica é assunto que desperta celeuma no Brasil. A Constituição de 1988 previu expressamente esse tipo de responsabilidade para crimes ambientais em seu art. 225, § 3º, e, com certa vagueza, deixou aberta a possibilidade para ilícitos contra a ordem econômica (art. 173, § 5º)⁵²². No âmbito infraconstitucional, a possibilidade de condenação da pessoa jurídica por ilícito penal está prevista na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998). Quanto às penas, a pessoa jurídica pode ser condenada em multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade e até mesmo dissolução compulsória (arts. 21 a 24 da referida legislação).

Dentro desse contexto, urge destacar que a ideia de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica foi objeto de intensas discussões doutrinárias no Brasil, assim como ocorreu em

⁵²¹ Informações extraídas da seção “painéis” do *site* da CGU: <<http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>>. Acesso em 05/12/2018.

⁵²² SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 164.

outros países de tradição civilista, como Alemanha e Itália⁵²³. Sergio Salomão Schecaria aponta quatro objeções básicas encontradas na doutrina brasileira: a questão da transposição⁵²⁴ das penas, a culpabilidade, a falta de vontade das pessoas jurídicas e a inaplicabilidade das penas privativas de liberdade a esses entes⁵²⁵.

Dentre essas questões suscitadas, as que parecem ser mais complexas de escapar é justamente a culpabilidade e a falta de vontade própria das pessoas jurídicas. Como já foi dito anteriormente, países como Estados Unidos e Inglaterra, contornaram o problema da responsabilização da pessoa jurídica, criando mecanismos de imputação próprios, como a responsabilidade vicarial e a teoria da identificação⁵²⁶, que serão detalhadas quando for estudada a Lei nº 12.846/2013. Destaque-se, com efeito, que o STF adotou, durante largo período, a chamada responsabilidade por ricochete, de modo que a responsabilidade da pessoa jurídica dependeria também da condenação da pessoa física. Em 2013, no entanto, houve uma modificação do entendimento, passando o *pretório excelso* a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma independente⁵²⁷.

A discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil foi, portanto, bastante controversa na doutrina e mesmo na jurisprudência, embora nunca tenha havido, pelas Cortes Superiores, a negativa de aplicação da Lei nº 9.605/1998, mas a mitigação de sua vigência ao condicionar a condenação de uma pessoa jurídica a de uma pessoa física. Não houve, até o momento⁵²⁸, contudo, a criminalização de condutas de pessoa jurídica além dos crimes ambientais⁵²⁹.

⁵²³ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 223-224.

⁵²⁴ O art. 5º, XLV, da Constituição Federal dispõe que nenhuma pena passará do condenado, o que caracteriza a impossibilidade de transposição da pena. René Dotti afirma que a própria Constituição vedaria a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois trata de uma pena “humanizada”, ao invocar a dignidade da pessoa humana e a vedação de penas cruéis, o que afastaria sua possibilidade de transposição a pessoas jurídicas. Ver DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. Uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171 e ss.

⁵²⁵ SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 91 e ss.

⁵²⁶ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 218-221.

⁵²⁷ Essa decisão foi tomada no Recurso Especial 548.181/PR. BRASIL. STF. RE 548.181/PR, Rel. Min. Rosa Weber (06/08/2013). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801>>. Acesso em 22/11/2018.

⁵²⁸ Existem projetos de lei nesse sentido em tramitação no Congresso Nacional. Por exemplo: PL nº 1142/2007. Tramitação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352733>>. Acesso em 22/11/2018.

⁵²⁹ Em tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Carla Veríssimo advoga que as sanções penais teriam um efeito de prevenção geral mais eficaz que a responsabilização administrativa, devido ao simbolismo e rigidez do sistema penal (ver VERÍSSIMO, 2017, principalmente, p. 74 e ss.).

Dentro dessa análise proposta aqui, tem-se que existem três sistemas possíveis de responsabilização da pessoa jurídica. Como já referiu Carla Veríssimo⁵³⁰, o sistema civil de responsabilização, em consonância com os próprios cânones do direito privado, possui uma aptidão maior para a responsabilização por danos causados entre entes privados, ao passo que o direito administrativo e o direito penal possuem maior vocação para imputar responsabilidade por danos causados à coletividade.

3.1.2. O que dizem as ordens jurídicas transnacionais sobre a responsabilidade da pessoa jurídica no Brasil?

O objeto do presente tópico é examinar como as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção analisam a situação regulatória do Brasil. Para tanto, serão explorados relatórios direcionados ao país, notadamente aqueles confeccionados pelo WGB/OCDE, OEA e ONU, a fim de verificar as críticas realizadas.

Primeiramente serão estudados os relatórios produzidos pelo WGB/OCDE. Cumpre salientar que a Convenção da OCDE, conforme já registrado, possui o escopo exclusivo de combater o suborno de autoridades estrangeiras, de modo que a sua análise está concentrada nesse tópico específico. Assim, até a edição da Lei nº 12.846/2013, não se tinha qualquer mecanismo no Brasil apto a responsabilizar pessoas jurídicas por corrupção ativa praticada no exterior, diferentemente das pessoas físicas, as quais passaram a ser criminalmente processadas por suborno em face de autoridades estrangeiras desde o advento da Lei nº 10.467/2002⁵³¹, que

⁵³⁰ VERÍSSIMO, 2017, p. 62 e ss.

⁵³¹ Foram incluídos os seguintes crimes no Código Penal:

“Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.”

incluiu tipificação específica no Código Penal, havendo, com efeito, uma rápida adequação legislativa à Convenção da OCDE⁵³². Por essa razão, é possível notar nos primeiros relatórios do WGB uma crítica bastante forte ao Brasil por não se adequar ao instrumento firmado.

Na Fase 1 de avaliação, cujo relatório foi apresentado ao WGB em 31 de agosto de 2005, é possível verificar o reconhecimento da adequação à convenção no que tange às pessoas físicas após a edição da Lei nº 10.467/2002⁵³³. No que concerne à responsabilidade de pessoas jurídicas, contudo, o relatório é enfático ao dizer que o Brasil não prevê nenhuma forma de responsabilização penal corporativa por corrupção de autoridade estrangeira. Ressalta, todavia, que o ordenamento jurídico admite, em situações bastante excepcionais, a possibilidade, ressaltando a previsão constitucional e legal dos crimes ambientais. Conforme consta no relatório, as autoridades brasileiras informaram que havia estudos acerca da possibilidade da introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica, havendo intenso debate acadêmico acerca do tema⁵³⁴.

No que tange à responsabilização administrativa, ou extra criminal, o relatório é bastante contundente, também, ao afirmar que inexistente qualquer adequação à Convenção. Contudo, registra que há, no ordenamento brasileiro, diversas formas de responsabilização de pessoas jurídicas, contando com diferentes tipos de sanções a elas destinadas. Destaca, desse modo, as sanções da Lei nº 8.666/1993, relativas às licitações, da Lei nº 6.835/1976, acerca da proteção do mercado de capitais e da Lei nº 8.884/1994, então vigente, concernente à política antitruste⁵³⁵.

Importante registrar que, acerca da Lei Antitruste, consta que as autoridades brasileiras explicaram que essa lei estaria sendo interpretada de forma ampliativa, a fim de proteger à concorrência internacional⁵³⁶. Em sendo o suborno a autoridades estrangeiras, uma espécie de

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.”

⁵³² O Brasil internalizou a Convenção da OCDE contra a Corrupção em 2000. Conforme se infere do Parecer da então Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 4.143, que deu origem à Lei nº 10.467/2002, o principal motivo da tramitação do projeto era a adequação ao compromisso internacional firmado. O Parecer encontra-se disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=6731&filename=Tramitacao-PL+4143/2001>. Acesso em 24/11/2018.

⁵³³ OCDE. *Brazil: Phase 1. Review of Implementation of The Convention And 1997 Recommendation*. Paris: 2004, p. 3. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>>. Acesso em 24/11/2018.

⁵³⁴ Ibid., p. 10.

⁵³⁵ Ibid. p. 10.

⁵³⁶ De fato, o próprio texto da Lei nº 8.884/1994, assim como o da atual Lei 12.529/2011, previa a possibilidade da aplicação da lei a condutas que “produzam efeitos no território nacional”, adotando a chamada teoria dos efeitos,

distorção da concorrência, a lei poderia ser aplicada a esse tipo de conduta. As autoridades brasileiras também fizeram menção à possibilidade de aplicação de penalidades civis considerando a legislação ordinária. O WGB concluiu, por essas razões, que a responsabilização das pessoas jurídicas por suborno transnacional estaria abarcada pela legislação brasileira, devendo ser avaliada a sua aplicação fática⁵³⁷. Nessa Fase 1, o Grupo de Trabalho parece ter adotado uma postura mais diplomática, admitindo as informações prestadas por autoridades brasileiras, postura que será menos leniente nas fases subsequentes.

No que concerne às sanções destinadas a pessoas jurídicas, a análise do WGB se ateuve às penas cominadas pela legislação já existente, conforme visto acima. O destaque cabível refere-se ao reconhecimento da possibilidade de perdimento dos instrumentos e produtos do crime, pena acessória comum prevista no art. 91 do Código Penal, ser também passível de aplicação a pessoas jurídicas, embora apenas pessoas naturais tenham sido condenadas⁵³⁸.

O relatório da Fase 2, conforme já exposto no segundo capítulo, tinha um escopo mais aprofundando que a simples análise da adequação da legislação do país à convenção, razão pela qual seus objetivos foram acentuadamente mais profícuos. Nesse passo, o relatório reconhece que não existe responsabilidade penal por suborno transnacional no ordenamento brasileiro, nem tampouco qualquer sanção administrativa específica. Há, ademais, uma sugestão de inclusão explícita do suborno de autoridades estrangeiras como conduta anticoncorrencial típica na Lei nº 8.884/1993⁵³⁹. Essa sugestão evidentemente considera as exposições brasileiras consideradas no relatório da Fase 1, pois o suborno transnacional não é matéria que se confunde com o antitruste, embora possa se entrelaçar com essa matéria em alguma medida.

desenvolvida nos EUA. No entanto, não é possível encontrar, na literatura jurídica brasileira, menções relacionadas à aplicação da Lei Antitruste em casos envolvendo o suborno de autoridades estrangeiras. Ver FORGIONI, 2015, p. 429 e ss. e JAEGER JUNIOR, 2008, p. 68 e ss.

⁵³⁷ Consta no relatório: “A cobertura oferecida pelas formas de responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas aplicáveis a atos de suborno transnacional que atualmente existem no Brasil parecem ser suficientes para satisfazer as exigências dos artigos 2 e 3 da Convenção, desde que as medidas disponíveis sejam efetivamente aplicadas a casos de suborno de autoridade estrangeira. A questão é saber se as sanções disponíveis são eficazes, proporcionais e dissuasivas, o que deve ser objeto de reanálise na medida que a prática se desenvolve” (tradução própria de: “*The coverage afforded by the forms of administrative and civil liability of legal persons applicable to acts of foreign bribery that currently exist in Brazil appears as a whole to be sufficient to satisfy the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention, provided the available remedies are in fact applied to cases of foreign bribery. The question whether the penalties available provide effective, proportionate and dissuasive sanctions remains to be reviewed as practice develops*”). OCDE, 2004, p. 10-11.

⁵³⁸ OCDE, 2004, p. 12-16.

⁵³⁹ OCDE. *Brazil: Phase 2. Report on The Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*. Paris: 2007, p. 50. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf>>. Acesso em 25/11/2018.

Em uma análise do pensamento jurídico brasileiro, o WGB conclui que existe uma forte rejeição à possibilidade de estabelecimento de responsabilidade criminal a pessoas jurídicas, afirmando que essa posição possui fundamento nas leis, na jurisprudência e na maioria da doutrina jurídica. Segundo os *lead examiners*, o pensamento jurídico parte da premissa de que é necessária a identificação da culpa de uma pessoa natural singular, o que não se coaduna com as complexas estruturas decisórias presentes nas modernas corporações, as quais não se limitam a uma pessoa⁵⁴⁰.

Desse modo, é reconhecida uma dificuldade bastante evidente de o país vir a adotar a responsabilização penal, inobstante exista uma exceção referente aos crimes ambientais, a qual possui previsão constitucional expressa. Existe, demais disso, uma menção à autorização do art. 173, § 5º, relativo a responsabilização penal da pessoa jurídica por atos cometidos em face da ordem econômica, sendo reconhecido, todavia, que dificilmente seria estabelecido um nexo entre o suborno de autoridades estrangeiras e o prejuízo à ordem econômica nacional⁵⁴¹. Em suma, na Fase 2, o relatório do WGB, considerando a tradição jurídica brasileira, parece descartar a possibilidade de responsabilização criminal.

De outro norte, o relatório em comento analisa três diplomas brasileiros que preveem a possibilidade de responsabilização administrativa da pessoa jurídica, os quais já haviam sido objeto da Fase 1: licitações, mercado de capitais e antitruste. A análise desses sistemas regulatórios é conclusiva no sentido de que não existe sinal de que eles pudessem ser aplicados ao suborno de autoridades estrangeiras, tendo em vista possuírem objetivos próprios⁵⁴². Embora não fosse aplicada à corrupção de autoridades estrangeiras, é importante mencionar a total falta de referência por parte do relatório ao sistema de responsabilização por improbidade administrativa, o qual é plenamente aplicável a pessoas jurídicas.

Seguindo a linha de raciocínio, na Fase 2, o WGB reconhece expressamente que o Brasil descumpra a convenção no que tange à responsabilização da pessoa jurídica, tendo falhado ao implementar o art. 2. Desse modo, considerando que, dentro de grandes corporações, a responsabilidade pessoal é difícil de ser apurada, tendo em vista a estrutura administrativa descentralizada dos processos de tomada de decisões, conclui que o Brasil não consegue punir o suborno estrangeiro em sua totalidade, descumprindo a convenção. Evidentemente que dentro

⁵⁴⁰ Ibid., p. 51.

⁵⁴¹ Ibid., p. 51.

⁵⁴² Ibid., p. 51-52.

dessa realidade, as sanções não podem ser consideradas efetivas, proporcionais e dissuasivas em relação às pessoas jurídicas⁵⁴³.

No relatório da Fase 2, o WGB foi bastante duro com o Brasil, considerando que não houve a implementação da convenção no que tange à responsabilidade de pessoas jurídicas. É reconhecido, assim, que a convenção se torna bastante inócua, posto que responsabilizar as empresas corruptoras é um dos grandes diferenciais da convenção. Essa eloquência do relatório teve uma influência direta na atuação governamental, que passou a trabalhar firmemente em uma nova legislação propícia ao assunto⁵⁴⁴. Registre-se que o relatório menciona um princípio de discussão acerca da responsabilização da pessoa jurídica no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Direito (ENCCLA)⁵⁴⁵.

Já no *Follow Up* da Fase 2⁵⁴⁶, foi informado, pelo Brasil, que houve a elaboração de um projeto de lei pelo Ministério da Justiça e pela CGU, o qual foi submetido ao Congresso Nacional, a fim de firmar a responsabilização administrativa da pessoa jurídica. Há justificativa, ademais, no sentido de que a sanção de cunho administrativo facilita que haja uma imputação efetiva à própria pessoa jurídica, sem a necessidade de demonstrar culpa individual, instituto típico de direito penal. Há menções, ainda, no sucesso de determinados sistemas de responsabilização administrativa, como o da Lei Antitruste, da Lei de Licitações e da Lei de Improbidade Administrativa⁵⁴⁷.

O Relatório da Fase 3, de outra parte, foi divulgado apenas em 2014, quando já havia sido aprovada a Lei nº 12.846/2013, o que permitiu uma análise de sua própria estrutura. Registre-se, ademais, conforme já exposto, que a Recomendação de 2009, serviu também como parâmetro de avaliação dessa fase. Houve, com efeito, um reconhecimento de que o Brasil

⁵⁴³ Ibid., p. 53.

⁵⁴⁴ Conforme será visto adiante, a Mensagem nº 52 do Poder Executivo, que apresentou ao Legislativo 6.826/2010, referiu expressamente a Convenção da ODCE e a necessidade de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.

⁵⁴⁵ A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Direito (ENCCLA) é um grupo interinstitucional, criado por iniciativa do Ministério da Justiça, mas que reúne diversos órgãos brasileiros, como Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Cotas, Advocacia Pública, Polícias, dentre outros, com o escopo de criar uma agenda de aperfeiçoamento institucional no combate à corrupção e lavagem de dinheiro. De fato, houve a inclusão da Meta 06/2008 (para o ano de 2009), que incumbiu à Controladoria-Geral da União (CGU) a missão de elaborar um anteprojeto de lei destinado à responsabilidade da pessoa jurídica “pela prática de atos ilícitos relacionados à lavagem de dinheiro, a ações de organização criminosa e os praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira e o sistema financeiro.” Informações extraídas do *site* da ENCCLA: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metade-2008>>. Acesso em 25/11/2018.

⁵⁴⁶ Conforme visto no Capítulo 2, o sistema de *Follow Up* foi estatuído a partir da Fase 2.

⁵⁴⁷ OCDE. *Brazil: Phase 2. Follow-Up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations*. Paris: 2010, p. 35-36. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/45518279.pdf>>. Acesso em 25/11/2018.

adotou uma legislação específica para punir as pessoas jurídicas que praticam corrupção, inclusive em face de autoridades estrangeiras, se adequando plenamente à convenção⁵⁴⁸. Importante atentar-se para o fato de que, quando foi concluído o relatório, a Lei Anticorrupção ainda não estava regulamentada sequer no plano federal, o que só veio a ocorrer com a edição do Decreto nº 8.420/2015.

Acerca da responsabilização administrativa, o relatório inicia asseverando que, de fato, a convenção não exige que haja uma responsabilização criminal da pessoa jurídica, podendo ela estar de acordo com a tradição jurídica do signatário. No entanto, registra que, no Brasil, existe a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica no que tange aos crimes ambientais, o que, segundo as autoridades nacionais, seria derivado de uma imposição jurídica da Constituição Federal⁵⁴⁹.

Afirma, de outra parte, que a utilização da responsabilidade administrativa foi saudada pelos críticos brasileiros, tendo sido uma decisão pragmática. Essa forma de responsabilização dispensa maiores discussões acerca da culpabilidade da empresa, dispensando a indicação de uma pessoa física responsável pelo ato, o que permite uma condenação mais simples às pessoas jurídicas. Destaca, noutro passo, que a justiça penal brasileira é bastante morosa e dotada de um amplo sistema recursal, o que por vezes inviabilizaria um processo ágil e efetivo⁵⁵⁰.

O relatório confere destaque também ao fato de que, em países como o Brasil, onde há inúmeras empresas de grande porte, a responsabilização corporativa é de suma importância, pois elas se constituem em importantes *players* econômicos, sendo que, dentro de sua estrutura decisória, muitas vezes não é possível distinguir responsáveis efetivos pelos atos de corrupção. Do mesmo modo, o relatório destaca a política de incentivos econômicos do governo brasileiro, notadamente por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES),

⁵⁴⁸ OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*. Paris: 2014, p. 17. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em 28/11/2018.

⁵⁴⁹ “O Brasil salienta que a responsabilidade criminal de pessoas jurídicas por crimes ambientais está fundada na Constituição. O Brasil observa ainda que a responsabilidade de pessoas jurídicas ‘por atos realizados contra a ordem econômica e financeira’ também está prevista na Constituição, mas sem especificar se esta responsabilidade deve ser criminal, deixando assim um leque mais amplo de possibilidades para o legislador trabalhar com a responsabilidade de pessoas jurídicas”. Tradução própria de: “*Brazil stresses that criminal liability of legal persons for environmental offences is rooted in the Constitution. Brazil further notes that the liability of legal entities ‘for acts performed against the economic and financial order’ is also provided in the Constitution but without specifying whether this liability should be criminal, hence leaving a broader range of possibilities to the legislator to hold companies accountable*”. OCDE, 2014, p. 17.

⁵⁵⁰ Ibid., p. 17.

o qual injeta expressivos recursos econômicos em determinadas empresas com juros subsidiados⁵⁵¹.

É importante destacar que a forma de responsabilização objetiva trazida pela legislação resta bastante evidenciada, sendo conferida ênfase ao fato de a responsabilidade da pessoa jurídica ser independente das pessoas físicas envolvidas, bem como não ser necessária prova da intenção da empresa. Segundo entende o relatório, basta a identificação de que a pessoa jurídica é a responsável por determinado ato irregular, os quais são listados na lei, para que ela possa ser administrativamente punida. Dentro das hipóteses, está especificamente contemplada a questão do suborno de autoridade estrangeira⁵⁵².

O relatório abrange outras minúcias da Lei Anticorrupção, o que será abordado na seção 3.2, por uma questão metodológica, uma vez que a legislação em comento será objeto da subseção 3.1.3. Do mesmo modo, o *Follow Up* da Fase 3, será abordado mais à frente tendo em vista estar ele umbilicalmente ligado à nova forma de responsabilização da pessoa jurídica, que será adiante estudada.

Importa destacar, com efeito, que a evolução dos relatórios do WGB demonstra uma mudança completa na análise quando o Brasil adotou a Lei nº 12.846/2013, a qual passou a prever especificamente a responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção de autoridade estrangeira. Até então, nada havia no Brasil, apenas tentativas de relacionar essa situação a legislações pré-existentes, mas que, na prática, não tinham nenhum poder regulatório sobre esse ponto específico da convenção da OCDE.

A convenção da OEA, noutro giro, conforme exposto no Capítulo 2, aborda a questão da responsabilização da pessoa jurídica apenas de forma lateral, não conferindo importância a essa temática específica. Do mesmo modo, importante destacar que as rodadas de avaliação são referentes a temas específicos, de modo que não existe, como no sistema da OCDE, uma avaliação da implementação do instrumento como um todo em cada uma das etapas. O órgão brasileiro responsável por coordenar as ações do Brasil, seja enquanto avaliado ou avaliador é a CGU⁵⁵³.

As fases de avaliação do sistema da OEA somam quatro até agora, todas com tópicos específicos avaliados. A primeira foi finalizada em 2006 e teve por objeto os arts. III, XIV e

⁵⁵¹ Ibid., p. 18.

⁵⁵² Ibid., p. 18.

⁵⁵³ Informações retiradas do *site* da CGU: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/mecanismo-de-avaliacao>>. Acesso em 01/12/2018.

XVIII da convenção, tendo foco em medidas preventivas e cooperação entre os Estados signatários⁵⁵⁴. A segunda avaliação teve a finalização no ano de 2008 e abrangeu os arts. III e IV, examinando temas como licitações, proteção aos denunciantes e criminalização de atos de corrupção previstos na convenção (o que não abrangeu a responsabilização da pessoa jurídica)⁵⁵⁵.

Já a terceira avaliação, finalizada em 2011 teve uma gama maior de temas avaliados, o que incluiu temas como suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, dentre outros⁵⁵⁶. Cumpre destacar que o Item 2, relativo à prevenção ao suborno, faz um exame minucioso acerca da legislação brasileira existente, no que tange aos mecanismos obrigatórios aos quais as pessoas jurídicas devem seguir, notadamente relativos à escrituração contábil e fiscalização das empresas de capital aberto pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O relatório adentra em especificidades do país, o que inclui o Novo Mercado⁵⁵⁷ da Bolsa de Valores de São Paulo, normas de escrituração e auditoria editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade e sistemas de escriturações exigidos pela Receita Federal para empresas tributadas por lucro real⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Artigo III – medidas preventivas - parágrafos 1 (normas de conduta para o desempenho de funções públicas), 2 (mecanismo de efetivação de normas de conduta), 4 (sistemas para declaração de receitas e bens por agentes públicos), 9 (órgãos de controle superior) e 11 (mecanismos para estimular a participação da sociedade civil na prevenção da corrupção);

Artigo XIV – assistência e cooperação técnica entre Estados; e

Artigo XVIII – autoridades centrais, para os propósitos de assistência e cooperação internacionais.

Informações disponíveis no *site* da CGU: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/mecanismo-de-avaliacao/avaliacao-do-brasil>>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁵⁵ Artigo III, parágrafo 5 - contratação de servidores;

Artigo III, parágrafo 5 (segunda parte) - licitações públicas;

Artigo III, parágrafo 8 - garantir proteção a pessoas que denunciam de boa-fé atos de corrupção;

Artigo VI - criminalização dos atos de corrupção previstos na Convenção Interamericana contra Corrupção.

Informações disponíveis no *site* da CGU: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/mecanismo-de-avaliacao/avaliacao-do-brasil>>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁵⁶ Os dispositivos da convenção avaliados foram:

Artigo III, parágrafo 7º - vedação ao tratamento tributário favorável em relação a despesas efetuadas com violação aos dispositivos contra a corrupção;

Artigo III, parágrafo 10º - medidas contra o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros

Artigo VIII – suborno transnacional

Artigo IX – enriquecimento ilícito

Artigo X – notificação quanto à tipificação do suborno transnacional e do enriquecimento ilícito

Artigo XIII – extradição

Informações disponíveis no *site* da CGU: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/mecanismo-de-avaliacao/avaliacao-do-brasil>>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁵⁷ O chamado Novo Mercado é um segmento de listagem da B3 SA – Brasil, Bolsa, Balcão (antiga Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA), que inclui empresas com alto nível de governança corporativa que preenchem os requisitos estabelecidos em regulamento próprio. É uma regulação tipicamente privada, que funciona como um certificado de qualidade para papéis listados na bolsa. Informações disponíveis em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁵⁸ OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (3ª Fase de Avaliação)*. Washington/DC: 2011, p. 9-19. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_bra_por.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

O relatório da terceira fase faz importante menção ao manual “A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção”⁵⁵⁹, lançado pela CGU em parceria com o Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção (GT)⁵⁶⁰, patrocinado pelo Instituto Ethos de Responsabilidade de Empresas e Responsabilidade Social⁵⁶¹. Conforme o relatório, o referido manual “traz boas práticas na área de integridade, de transparência e de relacionamento com a cadeia produtiva da empresa, e indica como implementar um programa de integridade e de combate à corrupção”⁵⁶². Esse manual veio em momento anterior à adoção da Lei nº 12.846/2013 e respectivas regulamentações, as quais traçaram os parâmetros para programas de integridade às pessoas jurídicas, os quais podem ser considerados circunstância atenuantes na responsabilização da pessoa jurídica.

Do mesmo modo, existem diversas menções a iniciativas da CGU, como o Programa Conversando com Empresas e o Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade⁵⁶³. Essas constatações são interessantes, uma vez que se referem ao órgão de controle interno da União em momento anterior à Lei nº 12.846/2013, instante em que o órgão passou a gozar de protagonismo na aplicação da responsabilidade administrativa a pessoas jurídicas por atos de corrupção.

Não há outras considerações relevantes no relatório referentes à responsabilização da pessoa jurídica. No que tange ao suborno transnacional, o relatório cinge-se a reconhecer a adaptação da legislação brasileira, citando os dispositivos do Código Penal pertinente aos crimes que tem como agentes pessoas físicas, não entrando na seara da responsabilização da pessoa jurídica⁵⁶⁴. Considerando o texto da Convenção da OEA, que menciona apenas de forma indireta esse tema, tem-se que esse não era o escopo do relatório.

⁵⁵⁹ CGU/GT. *A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção*. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁶⁰ O Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção (GT) tem por escopo o desenvolvimento de políticas de promoção da integridade e combate à corrupção, apoiando as empresas que assinaram o Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção. Esse instrumento tem adesão voluntária de empresas brasileiras, e teve influência das diretrizes da OCDE, da Convenção da ONU contra a Corrupção e do 10º Princípio do Pacto Global. Informações constantes no *site* do GT: <<https://empresalimpa.ethos.org.br/index.php/signatarios/grupo-de-trabalho-do-pacto>>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁶¹ O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social constitui-se em uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPI), cuja “missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seus negócios de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável”. A instituição secretaria o GT do Pacto Empresarial pela Integridade e Contra a Corrupção. Informações retiradas do *site* do instituto: <<https://www.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/#.XALO3-hKjIU>>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁶² OEA, 2011, p. 20.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 24-27.

A quarta avaliação da implementação da Convenção da OEA foi finalizada em 2012 e teve um objeto focado na análise dos “órgãos de controle superior” (art. III, parágrafo 9º do instrumento). Desse modo, a Controladoria-Geral da União mereceu uma análise bastante ampla. Todavia, nesse momento, ainda não havia sido editada a Lei Anticorrupção, a qual conferiu poderes alargados a esse órgão no que tange à responsabilização da pessoa jurídica. Dessa forma, a avaliação restou bastante prejudicada⁵⁶⁵. Acerca do tema objeto do estudo, assim, não existem menções relevantes no relatório. Esse foi o último relatório produzido pelo mecanismo da OEA.

De outra parte, o Mecanismo de Revisão da Implementação da Convenção da ONU contra a Corrupção (IRM, sigla em inglês⁵⁶⁶) é bastante recente. Conforme visto no Capítulo 2, ele foi implantado em 2009, tendo o primeiro ciclo de avaliação sido realizado entre 2010 e 2015 e o segundo estando em curso entre 2015 e 2020. Desse modo, tem-se apenas um relatório para ser analisado. O Brasil teve como avaliadores, dentro do sistema de *peer review* adotado, o México e o Haiti.

O relatório do sistema da ONU é bastante detalhista, assim como os demais já estudados. Do mesmo modo que o da OEA, adota uma avaliação voltada a tópicos específicos. Esses temas são, todavia, bem mais abrangentes que os presentes no mecanismo da organização regional, sendo que, no primeiro ciclo, foram objeto de análise os arts. 15 a 42 do Capítulo III, relativos a criminalização e aplicação da lei, e 44 a 50 do Capítulo IV, referentes à cooperação jurídica internacional. No primeiro ciclo avaliativo, é importante registrar, a responsabilização da pessoa jurídica ocupou um *locus* privilegiado.

O relatório foi finalizado em 2015, quando já estava editada a Lei nº 12.846/2013, a qual recebeu o tratamento central da análise. Ademais, outras legislações nacionais são mencionadas, como a Lei Antitruste, a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade Administrativa⁵⁶⁷. No que tange à Lei Anticorrupção, o relatório confere especial ênfase ao fato de a lei afastar dificuldades na necessidade de prova de elementos subjetivos individuais, criando um mecanismo direto de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas. No entanto, sugere que haja uma maior regulamentação infralegal para definição de parâmetros

⁵⁶⁵ OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (4º Fase de Avaliação)*. Washington/DC, 2012, p. 9 e ss. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

⁵⁶⁶ IRM é a sigla para *Implementation Review Mechanism*.

⁵⁶⁷ UNODC. *Country Review Report of Brazil*. Viena: 2015, p. 54-55. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

para aplicação da legislação⁵⁶⁸. Uma crítica que o relatório realiza é ao fato de não haver possibilidade de punição, no âmbito da Lei nº 12.846/2013, de atos irregulares relacionados à lavagem de dinheiro por pessoa jurídica⁵⁶⁹. De um modo geral, o relatório considera implementadas as diretrizes relativas à responsabilização da pessoa jurídica no Brasil em consonância com a Convenção da ONU contra a corrupção.

Noutro passo, há um pequeno relatório relativo às medidas adotadas após o ciclo avaliativo. Assim, é reconhecido que o Brasil adotou diversas medidas no sentido de viabilizar o sistema administrativo de responsabilização da pessoa jurídica, por meio da edição de inúmeras normativas, como o decreto regulamentador (Decreto nº 8.420/2015), além de regulamentos e atos normativos emanados do principal órgão responsável pela aplicação da lei (CGU)⁵⁷⁰. Essa matéria será melhor analisada no próximo tópico.

3.1.3. A Lei nº 12.846/2013: uma influência direta das ordens jurídicas transnacionais?

Conforme exposto na Subseção 3.1.2, os relatórios específicos sobre o Brasil, produzidos no âmbito das ordens jurídicas transnacionais estudadas, viram como uma grande evolução a adoção da Lei nº 12.846/2013, a qual versa especificamente sobre a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Nesse passo, parece indiscutível que, aos olhos do WGB/OCDE e do UNODOC/ONU, a adoção da legislação em comento foi de grande importância para o combate à corrupção no âmbito nacional.

Na origem da Lei nº 12.846/2013, está a Meta 6 da ENCCLA para o ano de 2009, momento em que a CGU foi encarregada de elaborar um anteprojeto de lei de responsabilização da pessoa jurídica⁵⁷¹, situação essa reconhecida no âmbito do Relatório da Fase 2 do sistema de monitoramento do WGB/OCDE. A minuta elaborada pela CGU acabou se tornando o Projeto de Lei nº 6.826/2010, o qual foi encaminhado ao legislativo por meio da Mensagem Presidencial nº 52/2010.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 56.

⁵⁶⁹ Ibid., p. 58.

⁵⁷⁰ UNODC. Brazil - *Measures taken after the completion of country review report of the first review cycle*. Viena, 2017, p. 1-2. Disponível em: <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/14-16November2016/GoodPractices/2016.91/Brazil.pdf>>. Acesso em 07/07/2018.

⁵⁷¹ Informação constante no *site* da ENCCLA: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/metras-de-2008>>. Acesso em 02/12/2018.

A referida Mensagem Presidencial, que inclui a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) 0011/2009 – CGU/MJ/AGU, apresenta o projeto como um instrumento importante de responsabilização da pessoa jurídica, suprindo um hiato existente no ordenamento brasileiro. Conforme o documento, “as lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica”. De outra parte, indica que a aprovação do projeto seria importante “para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção”⁵⁷².

A Exposição de Motivos destaca que o Brasil é signatário das três convenções internacionais já estudadas (firmadas no âmbito da OCDE, OEA e ONU), as quais exigem a coibição do suborno de autoridades estrangeiras por atos cometidos por pessoas jurídicas⁵⁷³. Assim, a aprovação da legislação seria necessária para a plena adequação do país a esses instrumentos, de modo que a normativa em comento não surgiu no vácuo, mas sim do cenário internacional composto por diversos compromissos firmados pelo país⁵⁷⁴.

Quanto ao tipo de responsabilização, a EMI traz um elemento importante, considerado inovador: a responsabilidade objetiva por ato de corrupção. Desse modo, consta no documento que, para a caracterização da responsabilidade, “basta o fato, o resultado e o nexos causal entre eles”, tornando desnecessária discussões acerca de elementos subjetivos, “como a vontade de causar um dano”, os quais ensejam lastro probatório difícil de ser produzido⁵⁷⁵.

Tendo em vista a responsabilização objetiva, torna-se inevitável a adoção de um regime administrativo de sancionamento, afastando-se da lógica subjetivista, fundamentada no dolo e culpa do direito penal. É por essa razão que, segundo a Exposição de Motivos, o projeto optou pela responsabilização civil, que “é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como, por exemplo, o ressarcimento de prejuízos econômicos causados ao erário”, combinada com procedimentos administrativos, os quais têm se revelados

⁵⁷² BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso nº 52/2010*. Brasília: 2010, p. 2. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC+52/2010+%3D%3E+PL+6826/2010>. Acesso em 02/12/2008. Registre-se que a Convenção Interamericana contra a Corrupção não faz exigência.

⁵⁷³ “Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”. BRASIL, 2010, p. 3.

⁵⁷⁴ SIMÃO; VIANNA, 2017, p. 21.

⁵⁷⁵ BRASIL, 2010, p. 2.

mais céleres e efetivos na repressão de desvios ocorridos em contratos administrativos e licitações, “demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas à sociedade”. O documento ainda faz referência ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o qual é baseado em órgãos administrativos, conforme já exposto nesse estudo⁵⁷⁶.

A Exposição de Motivos ainda faz referência à Lei de Improbidade Administrativa, a qual pune condutas lesivas à Administração Públicas por meio de sanções de natureza não penal. No entanto, ressalta o documento, essa lei exige a comprovação de elementos subjetivos, como dolo ou culpa, o que enseja complexo amparo probatório, notadamente no que tange a pessoas jurídicas, gerando diversos inconvenientes.

No que se refere às sanções a serem aplicadas, a Exposição de Motivos destaca a existência de medidas pecuniárias (multa e ressarcimento) e não pecuniárias, como a publicação de decisão condenatória em periódicos de grande circulação, bem como a proibição de receber incentivos governamentais e de contratar com o poder público. Ademais, penas mais severas não podem ser aplicadas administrativamente, dependendo de decisão judicial. Esse tipo de pena compreenderia principalmente a dissolução judicial de empresa utilizada apenas para a práticas de ilícitos⁵⁷⁷. O documento ressalta, ainda, a necessidade de se preservar os ativos produtivos da empresa, de modo a dissuadir as condutas ilícitas perpetradas por determinados agentes, preservando-se, contudo, a existência da empresa e suas respectivas relações trabalhistas⁵⁷⁸.

O trâmite da referida legislação foi bastante longo, uma vez que o projeto foi encaminhado em 18/02/2010 e a versão final somente foi publicada em 01/08/2013, estando previsto ainda um *vatio legis* de 180 dias (art. 31). O final do trâmite, é importante registrar, foi acelerado. A causa indissociável dessa rápida evolução do processo legislativo, em meados de 2013, foram as manifestações que ocorreram em junho daquele ano, durante a realização da Copa das Confederações, fato que já se tornou histórico e restou conhecido como “Jornadas de Junho”. Esse fato notório teve origem em protestos contra o aumento da passagem de ônibus

⁵⁷⁶ Ibid., p. 3.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 4.

⁵⁷⁸ Consta na Exposição de Motivos: “Importante destacar que a proposta leva em consideração os princípios da conservação da empresa e da manutenção das relações trabalhistas ao estabelecer as sanções administrativas e civis, princípios de extrema importância especialmente no quadro atual de crise econômica mundial. No âmbito administrativo, por exemplo, o anteprojeto estabelece parâmetros claros para a aplicação da sanção de multa, instituindo limites mínimos e máximos para o seu valor, de forma a contemplar a realidade de faturamento tanto de pequenas e médias empresas, como de grandes empresas, inclusive, exportadoras. Na esfera judicial, são previstas hipóteses específicas cuja gravidade justifica amplamente a sanção de dissolução compulsória da empresa” (BRASIL, 2010, p. 4-5).

em São Paulo, coordenadas pelo Movimento Passe Livre – MPL, sendo que, em virtude de a competição da FIFA acontecer no Brasil, as manifestações se expandiram rapidamente, tanto no que se refere a pautas de reivindicações, quanto geograficamente, espalhando-se pelas principais cidades brasileiras⁵⁷⁹. Um dos temas levantados durante os protestos foi justamente a corrupção, tendo em vista que diversas obras foram realizadas por exigência da FIFA, o que gerou expressivos dividendos às empreiteiras⁵⁸⁰. Desse modo, a legislação em apreço teve seu trâmite acelerado, sendo aprovada na Câmara dos Deputados em 11/06/2013 e no Senado Federal em 05/07/2013. Foi sancionada, com vetos parciais, em 01/08/2013⁵⁸¹. A relação com as Jornadas de Junho é bastante evidente, sendo esse acontecimento um gatilho para a rápida aprovação da matéria. Todavia, a influência das ordens jurídicas transnacionais estudadas na elaboração do diploma legal é ainda mais evidente.

Aprovada a Lei nº 12.846/2013, logo recebeu a alcunha de Lei Anticorrupção (também conhecida pelo acrônimo LAC), sendo que o próprio manual da CGU, principal órgão encarregado da aplicação da normativa, utiliza essa denominação, destacando também as nomenclaturas “Lei Anticorrupção Empresarial” e “Lei da Empresa Limpa”, utilizadas em referência ao mesmo diploma⁵⁸². Já Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves preferem uma denominação mais técnica, batizando a normativa em apreço como “Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ)”⁵⁸³. Lei Anticorrupção, todavia, é o nome que ganhou mais adesões, sendo, portanto, utilizado nesse estudo.

Logo no art. 1º da Lei nº 12.846/2013, resta evidente seu objeto principal: “esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Ou seja, conforme já delineado

⁵⁷⁹ Para uma visão geral sobre o assunto, ver: SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n. 97, nov./2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000300003>. Acesso em 02/12/2018.

⁵⁸⁰ E de fato, no âmbito da Operação Lava Jato, restaram apurados diversos desvios relativos a obras pertinentes aos grandes eventos da FIFA (Copa das Confederações e Copa do Mundo). Por exemplo, a reforma do Estádio do Maracanã, principal palco das competições, é objeto do Processo Penal 0509503-57.2016.4.02.5101 – TRF2 (que decorre da Operação Calicute), tendo em vista o recebimento de propina pelo ex-governador Sérgio Cabral Filho e outros integrantes do governo, com o escopo de beneficiar empreiteiras, notadamente Andrade Gutierrez e Carioca Engenharia. A sentença de primeiro grau está disponível no *site* <<http://www.mpf.mp.br/tj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/sentenca-calicute>>. Acesso em 02/12/2018.

⁵⁸¹ Analisando o trâmite da legislação na Câmara dos Deputados, percebe-se que o Projeto de Lei nº 6.826/2010 teve uma tramitação lenta até junho/2013, quando entrou na pauta das comissões, passando a tramitar rapidamente e sendo logo aprovada. A tramitação pode ser consultada no *site* <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>>. Acesso em 02/12/2018.

⁵⁸² CGU. *Manual de Responsabilização da Administrativa de Pessoa Jurídica*. Brasília: 2016, p. 46. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf/view>>. Acesso em 02/12/2018.

⁵⁸³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 777 e ss.

desde a Exposição de Motivos Interministerial, o escopo da legislação é criar uma responsabilização administrativa e objetiva, dispensando os elementos subjetivos (dolo ou culpa) e a necessidade de processos judiciais, embora ao Poder Judiciário seja reservada a imposição de determinadas sanções mais agressivas. O parágrafo único do art. 1º deixa claro que o diploma se aplica a qualquer tipo de pessoa jurídica, sejam associações, fundações ou empresas⁵⁸⁴, demonstrando um escopo bastante abrangente da norma.

O art. 2º reforça o fato de as pessoas jurídicas responderem objetivamente pelos atos de corrupção previsto no âmbito da lei. Para Modesto Carvalhosa, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica seria uma transposição da imputação objetiva do direito penal, a qual se constituiria em um “instrumento moderno de julgamento e condenação por parte de juiz criminal, não mais fundado na causalidade tipo-dolo, mas na causalidade conduta-benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica corrupta”⁵⁸⁵. O autor destaca, com efeito, que está dispensada qualquer comprovação de elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a condenação da pessoa jurídica, bastando que seja identificada uma conduta contrária à lei, uma vez que entidades não humanas não exprimem vontade de realizar atos específicos, tendo apenas o objetivo de realizar seu objeto social⁵⁸⁶.

Ana Frazão analisa os critérios de imputação de responsabilidade às pessoas jurídicas, de forma bastante elucidativa. Conforme sua classificação, podem existir dois meios possíveis para a responsabilidade corporativa. Um deles é a responsabilização da pessoa jurídica por ato próprio, sendo necessário, para tanto, criar formas de medir a culpabilidade da organização de forma independente das ações de seus funcionários ou dirigentes⁵⁸⁷. Outro, bastante diferente, “tenta justificar a responsabilidade da pessoa jurídica por fato de ‘terceiro’, ou seja, com base na prática de atos ilícitos pelos órgãos ou pessoas naturais que a apresentam ou representam”⁵⁸⁸. Para a primeira forma de imputação, é necessária uma quebra na organização interna da empresa, de modo que a existência de um forte mecanismo de *compliance* é capaz de afastar a responsabilidade.

⁵⁸⁴ “Art. 2º. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

⁵⁸⁵ CARVALHOSA, 2015, p. 37.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 40-41.

⁵⁸⁷ FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 37-39.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 39.

A segunda forma de responsabilidade é representada pela chamada *vicarious liability*, oriunda do direito anglo-saxão, a qual possui contornos de responsabilização objetiva, por atos do preponente ou empregador, sendo bastante comum no direito privado⁵⁸⁹. É baseada no postulado do chamado *respondeat superior*, que, nos Estados Unidos, foi desenvolvido na legislação federal, incluindo o já abordado FCPA, permitindo a imputação de crime à corporação em virtude de atos ilícitos praticados por seus empregados, desde que inseridos dentro de seu plexo de atribuições e em benefício da pessoa jurídica. No direito norte-americano, não existe a possibilidade de exclusão da responsabilidade da empresa no caso de existência de um sistema de *compliance*, que vede a adoção de práticas irregulares por parte dos colaboradores. Todavia, esse é considerado um critério de mitigação das sanções⁵⁹⁰.

No Reino Unido, foi desenvolvido um sistema parecido com o da responsabilidade vicarial, com contornos mais específicos. É a chamada teoria da identificação (*identification theory*). Dentro dessa perspectiva, a responsabilização corporativa somente ocorre quando são praticados atos pelos dirigentes superiores da organização, os quais atuam como seu *alter ego*. Há uma distinção entre o cérebro e os braços das pessoas jurídicas. Embora essa abordagem dificulte a imputação de responsabilidade, exigindo ações dos dirigentes superiores, ela influenciou diversos países a adotarem legislações semelhantes, notadamente os membros do *Commonwealth*. Com o tempo, no entanto, a teoria precisou se adaptar às novas estruturas organizacionais, cujo processo decisório é bastante descentralizado, tendo a nova legislação inglesa alterado sua concepção inicial⁵⁹¹. Nesse passo, o *UK Bribery Act (2010)* adicionou à teoria da identificação uma forma mais objetiva de imputação, consistente na apuração de falhas corporativas em evitar atos de corrupção⁵⁹².

⁵⁸⁹ Ibid., p. 40.

⁵⁹⁰ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 219.

⁵⁹¹ Ibid., p. 220-221.

⁵⁹² Consta na seção 7:

“1) Uma organização comercial relevante (‘C’) é culpada de um delito sob esta seção se uma pessoa (‘A’) associada a C subornar outra pessoa pretendendo: (a) obter ou manter negócios para C, ou (b) obter ou manter uma vantagem na condução dos negócios para C.

2) Mas é uma defesa da C para provar que a C tinha em vigor procedimentos adequados destinados a impedir que as pessoas associadas à C realizassem tal conduta”.

Tradução própria de: “1) A relevant commercial organisation (‘C’) is guilty of an offence under this section if a person (‘A’) associated with C bribes another person intending: (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.”.

REINO UNIDO. *UK Bribery Act*. 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>>. Acesso em 03/12/2018.

Dentro das teorias objetivistas, é importante destacar que elas vêm ganhando maior destaque recentemente, tendo em vista a evolução da organização das pessoas jurídicas, principalmente grandes corporações, que dependem de uma estrutura bastante complexa para processos de tomada de decisão. A Austrália, por exemplo, possui uma previsão mais ampla em seu Código Criminal (*Criminal Code Act* de 1995), de modo que a responsabilidade corporativa pode ocorrer em decorrência de atos praticados por empregados, agentes ou executivos, sendo ela transposta para a própria empresa⁵⁹³. Nesse sentido, esses atos podem ser atribuídos a pessoas jurídicas no caso de autorização ou permissão da própria estrutura empresarial ou ainda em decorrência de falhas administrativas que negligenciem a possibilidade de os representantes das corporações cometerem atos de corrupção⁵⁹⁴.

Eduardo Saad-Diniz e Renato Mello Jorge Silveira identificam, no direito comparado, três modelos de imputação de responsabilização de pessoas jurídicas. Além da responsabilidade objetiva (por fato próprio) e da responsabilidade vicarial, atestam a existência de um sistema misto, no âmbito do qual programas de *compliance* teriam o condão de mitigar a responsabilidade empresarial, mas não afastá-la⁵⁹⁵. Essa é a premissa adotada pelo FCPA.

Ana Frazão faz ressalvas à aplicação da responsabilidade vicarial ao sistema punitivo. Ressalta que o sistema seria bastante compatível com o direito privado, no qual as discussões travadas dizem respeito a questões patrimoniais. No entanto, imprimir um caráter punitivo à responsabilização em decorrência de atos ilícitos praticados por empregados em benefício da empresa, que não trata da “reprovabilidade que justificaria a punição da pessoa jurídica, pode ser algo de difícil conciliação com as garantias constitucionais que se aplicam a qualquer exercício do poder punitivo estatal”.⁵⁹⁶

O Conselho da OCDE editou a Recomendação de 2009 que, conforme já visto, não possui caráter cogente, servido, todavia, como um parâmetro de monitoramento pelo WGB. Nesse contexto, o Anexo I, intitulado de Guia de Boas Práticas sobre a Implementação de

⁵⁹³ “Se um elemento físico de uma infração for cometido por um funcionário, agente ou diretor de uma corporação que atue dentro do escopo real ou aparente de seu emprego, ou dentro de sua autoridade real ou aparente, o elemento físico também deve ser atribuído para o corpo corporativo”. Tradução própria de: “*If a physical element of an offence is committed by an employee, agent or officer of a body corporate acting within the actual or apparent scope of his or her employment, or within his or her actual or apparent authority, the physical element must also be attributed to the body corporate.*” AUSTRÁLIA. *Criminal Code Act*. 1995. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>>. Acesso em 03/12/2018.

⁵⁹⁴ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 222.

⁵⁹⁵ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2017, p. 107.

⁵⁹⁶ FRAZÃO, 2018, p. 41.

Artigos Específicos da Convenção da OCDE⁵⁹⁷, aconselha aos países que a responsabilidade da pessoa jurídica não seja condicionada à da pessoa física. Noutra giro, são firmados dois critérios de imputação: o primeiro, no qual o posto hierárquico ocupado pela pessoa física que age de forma indevida deve ser encarado de forma flexível, “refletindo a grande variedade de sistemas de decisão das pessoas jurídicas”, e o segundo, no qual a responsabilidade está centrada na pessoa com maior nível de gerência, obedecendo a três situações: a) quando o próprio agente máximo protagoniza o ato ilícito; b) quando autoriza um subordinado a praticá-lo; e, 3) quando falha na prevenção de que os funcionários da empresa pratiquem atos de corrupção, por lapso de supervisão ou por não instituir adequados sistemas de controle, ética e *compliance*⁵⁹⁸. O intuito da recomendação é nitidamente afastar a aplicação pura da responsabilidade subjetiva, mormente a Teoria da Identidade, sugerindo uma leitura mais objetiva da imputação.

Para Ana Frazão, a Lei nº 12.846/2013 adotou um modelo de imputação de responsabilidade fundamentado na *vicarious liability*. Desse modo, “ao tratar da responsabilidade objetiva, a lei parece referir-se, na verdade, à imputação automática da pessoa jurídica, pelos atos praticados pelas pessoas físicas que agem em seu nome”⁵⁹⁹. Esse raciocínio decorre das leituras dos arts. 2º e 3º do diploma legal. O art. 2º assevera que “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”. Já art. 3º afirma que a responsabilização corporativa não exclui a responsabilidade individual das pessoas naturais⁶⁰⁰. Ana Frazão defende a necessidade de uma interpretação da legislação no sentido de que a responsabilidade vicarial seja aplicada de maneira mitigada, não sendo responsabilizadas pessoas jurídicas em situações cujas condutas não sejam reprováveis⁶⁰¹. Essa temática será melhor analisada no Capítulo 4.

O art. 4º da Lei Anticorrupção trata do fato de que a responsabilização de pessoas jurídicas não pode ser obstada por “alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”. O § 1º, por sua vez, limita a responsabilidade da sucessora, nos casos de fusão

⁵⁹⁷ Nome completo em inglês: *Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Combating Bribery*.

⁵⁹⁸ OCDE, 2009, p. 10.

⁵⁹⁹ FRAZÃO, 2018, p. 41.

⁶⁰⁰ “Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

⁶⁰¹ FRAZÃO, 2018, p. 47.

e incorporação, até o limite do patrimônio transferido para fins de aplicação de sanção de natureza pecuniária⁶⁰².

O art. 5º é central no diploma legislativo em análise. Ele cuida da tipificação dos atos lesivos. O *caput* do dispositivo afirma que se constituem “atos lesivos” à administração (nacional ou estrangeira) “aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos [...]”. Percebe-se que, após elencar os bens jurídicos tutelados, a técnica legislativa utiliza a expressão “assim definidos”, de modo que a lista de condutas típicas não possui um caráter meramente exemplificativo, sendo *numeros clausus*⁶⁰³. Importante registrar, demais disso, que texto legal utiliza a expressão “atos lesivos”, em consonância com a premissa de que se está diante de uma sanção de natureza não penal.

O inciso I do art. 5º é praticamente a aplicação do crime de corrupção ativa a pessoas jurídicas. Assim, é considerado ato lesivo “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”. O inciso II já não possui um correspondente no direito penal, considerando ilícito o ato de “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei”. O inciso III é mais voltado a combater a utilização de interpostos para a prática de atos de corrupção: “utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”.

O Inciso IV do art. 5º é voltado à punição de atos lesivos praticados no âmbito de licitações públicas⁶⁰⁴, sendo elencadas diversas alíneas com atos considerados irregulares.

⁶⁰² “Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

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

O WGB/OCDE criticou a limitação da responsabilidade dos sucessores prevista no §1º, conforme se infere do relatório da Fase 3 (OCDE, 2014, p. 70).

⁶⁰³ GARCIA; ALVES, 2017, p. 784. No mesmo sentido Modesto Carvalhosa: “não se trata, pois, o elenco constante no art. 5º, de mera enunciação a que se possa acrescentar outras práticas corruptivas ali não descritas” (CARVALHOSA, 2015, p. 173).

⁶⁰⁴ Como existe a possibilidade de punição por irregularidades em certames licitatórios e execução de contratos públicos também na Lei nº 8.666/1993, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a LAC, determina, em seu art. 12, a tramitação conjunta desses processos administrativos de responsabilização.

Essas condutas irregulares abrangem situações como frustrar o caráter competitivo da licitação (a), impedir, perturbar ou fraudar ato do procedimento licitatório (b), afastar licitante mediante fraude (c), dentre outros⁶⁰⁵.

Por fim o inciso V afirma ser ato lesivo “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”. Trata-se de uma tipificação específica voltada a empresas que dificultem o exercício do poder fiscalizatório por parte do Estado.

Importante registrar que a lei considera administração pública estrangeira todos os órgãos e entidades estatais, inclusive as representações diplomáticas, de qualquer nível ou esfera de governo. As organizações internacionais são equiparadas à administração estrangeira. Noutro passo, agente público estrangeiro é considerado qualquer pessoa que exerça emprego ou função pública em órgão estrangeiro, mesmo temporariamente e sem remuneração. Percebe-se, desse modo, a plena consonância da norma com a Convenção da OCDE, que já foi objeto de estudo⁶⁰⁶.

Registre-se que o WGB, no relatório da Fase 3, indicou que não estaria clara o suficiente a situação da responsabilização da pessoa jurídica por suborno a autoridades estrangeiras. Isso porque não haveria uma tipificação específica para essa ação, estando ela abarcada apenas no

⁶⁰⁵ Art. 5º [...]

“IV) no tocante a 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 participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.”

⁶⁰⁶ Art. 5º [...]

“§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.”

caput do art. 4º, em conjunto com administração nacional⁶⁰⁷. Como resposta, foi apresentada, no *Follow Up*, uma nota técnica do MPF⁶⁰⁸ informando que a tipificação inclui atos lesivos em face da administração estrangeira. Foi indicada dúvida, também, relativamente à inclusão de empresas estatais como passíveis de responsabilidade. Em relação a esse ponto, foi informada a adoção da Lei nº 13.303/2016 (conhecida como “Lei das Estatais”), a qual assegurou a aplicação da LAC a empresas controladas pelo Estado, em seu art. 94⁶⁰⁹ 610.

O art. 6º trata das sanções que podem ser administrativamente cominadas: “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”⁶¹¹ e publicação da decisão condenatória em meio público⁶¹², sem prejuízo da reparação de danos.

Para se calcular o valor da multa a ser imposta, devem ser consideradas uma série de circunstâncias trazidas pela LAC em seu rt. 7º: gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração dos ilícitos, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade (*compliance*) e o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade públicas lesadas. O Decreto nº 8.420/2015, regulamentador da legislação no âmbito federal, traz uma metodologia de cálculo para multas, com fundamento no aumento

⁶⁰⁷ OCDE, 2014, p. 19.

⁶⁰⁹ “Art. 94. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19 da referida Lei.”

⁶¹⁰ OCDE. Brasil: *Follow-Up to the Phase 3 Report & Recommendations*. Paris: 2017, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 05/12/2018.

⁶¹¹ Quando não for possível estimar o faturamento da empresa, o valor pecuniário da multa deverá ser “de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)”, conforme estipula o § 4º.

⁶¹² O § 5º do dispositivo assim dispõe: “a publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores”.

e diminuição do percentual do faturamento bruto, de acordo com a valoração das circunstâncias acima elencadas, de forma positiva ou negativa^{613 614}.

Para o cálculo da vantagem auferida ou pretendida, a CGU passou a utilizar parâmetros estipulados pela própria OCDE, conforme informado no *Follow Up* da Fase III⁶¹⁵. O art. 20 do Decreto nº 8.420/2015, assevera que “o valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados”. Para a quantificação da vantagem, a CGU utiliza os padrões da OCDE, tendo inclusive realizado a tradução de seu Manual “*Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*”⁶¹⁶. Esse fato demonstra uma interação bastante evidente entre a ordem brasileira e a ordem transnacional, sendo incorporados elementos externos sem formalidades.

Cumprido salientar que os mecanismos de *compliance*, para servirem de circunstância atenuante, devem atender aos parâmetros estabelecidos por regulamento próprio do Poder Executivo Federal. A normativa responsável por essa avaliação é o Decreto nº 8.420/2015 (arts. 41 e 42) e a Portaria nº 909/2015 da CGU. Assim, não basta a mera alegação de existência de um programa de integridade, mas ele necessita ser analisado, a fim de se auferir sua compatibilidade com os competentes instrumentos normativos.

De outro norte, há determinadas sanções que dependem de pronunciamento do Poder Judiciário. Assim, é possível a instauração de processo judicial com o escopo de responsabilizar a pessoa jurídica, situação em que podem ocorrer outras sanções como perdimento de bens, direitos ou valores, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos fiscais e subvenções (art. 19 da LAC). Esse tipo de sanção, por ter um caráter mais drástico, o legislador julgou necessário ficar a cargo do judiciário. É

⁶¹³ Conforme o Manual da CGU sobre Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica, “a metodologia desenvolvida na regulamentação federal para o cálculo da multa disposta no inciso I do art. 6º da LAC consiste basicamente na seguinte operação aritmética: (i) soma de determinados percentuais relacionados a circunstâncias que tornariam a prática do ato lesivo apurado mais gravosa, denominada de ‘Fase 1’; e (ii) seguida da subtração de determinados percentuais relacionados a circunstâncias que tornariam a prática do ato lesivo apurado menos gravosa, denominada de ‘Fase 2’. O resultado dessa operação passa (iii) por um filtro final de calibragem consistente no piso e no teto de valores limites previstos na Lei nº 12.846/2013 e no próprio Decreto federal, etapa esta denominada de ‘Fase 3’” (CGU. *Manual de Responsabilização da Administrativa de Pessoa Jurídica*. Brasília: 2016, p. 64-65. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf/view>>. Acesso em 07/07/2018).

⁶¹⁴ OCDE, 2017, p. 14-15.

⁶¹⁵ OCDE, 2017, p. 23.

⁶¹⁶ OCDE. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/50057547.pdf>>. Acesso em 11/12/2018.

importante registrar que essas sanções são sugeridas pela autoridade sancionadora, no caso da União, na maior parte dos casos pela CGU, e a ação proposta por meio do órgão da advocacia pública pertinente ou pelo Ministério Público.

As sanções de multa e publicação da decisão condenatória, por sua vez, podem ser aplicadas diretamente por autoridade administrativa. Evidentemente que o judiciário poderá reexaminar a matéria, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), bem como será o responsável por eventual execução forçada da condenação. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) está regulamentado na própria LAC e, no âmbito do Poder Executivo Federal, no Decreto nº 8.420/2015 e na Portaria nº 910/2015 da CGU⁶¹⁷.

O PAR será instaurado pela “autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa” (art. 8º da LAC). No Poder Executivo Federal, a CGU terá “competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento” (art. 8º, § 2º), bem como a competência para a apuração e julgamento de atos lesivos cometidos em face de autoridade estrangeiras (art. 9º). A própria Lei Anticorrupção conferiu à CGU⁶¹⁸, portanto, um protagonismo na sua aplicação, uma vez que os casos mais rumorosos acabam ficando sob sua alçada.

O Processo Administrativo de Responsabilização possui um rito inspirado nos Processos Administrativos Disciplinares (PADs), nos quais são apuradas condutas faltosas de funcionários públicos⁶¹⁹. Dessa forma, o PAR é conduzido por comissões formadas por servidores públicos estáveis (no mínimo dois), conforme o art. 10 da LAC, a qual pode requerer, por meio do órgão de representação judicial competente, medidas judiciais necessárias à efetivação das investigações, como busca e apreensão, por exemplo. O prazo para conclusão dos trabalhos é 180 dias prorrogáveis, a critério da autoridade instauradora⁶²⁰. No âmbito da

⁶¹⁷ Conforme referido na introdução, o presente estudo focará apenas nos procedimentos do Poder Executivo Federal. Isso porque é no âmbito desse poder que ocorrem os casos de corrupção mais relevantes. Noutro passo, o estudo das realidades estaduais se tornaria extenso demais para o objeto do presente trabalho.

⁶¹⁸ A partir da edição da Medida Provisória nº 782/2017, a CGU passou a ser denominada de Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União.

⁶¹⁹ Arts. 143 a 153 da Lei nº 8.112/1990.

⁶²⁰ “Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

União, o Decreto nº 8.420/2015 prevê também a realização de uma investigação preliminar antes da instauração do PAR, a qual possui caráter sigiloso e não punitivo para fins de apurar indícios de autoria e materialidade do ato lesivo (art. 2º, §§ 1º e 5º). Após a apresentação de defesa no prazo de 30 dias, o processo é encaminhado para a autoridade instauradora para fins de julgamento.

Existe ainda previsão de desconsideração da pessoa jurídica pela comissão, quando for constatado abuso de direito para “encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial” (art. 14 da LAC). Essa previsão é bastante interessante, pois permite a desconsideração da pessoa jurídica de forma administrativa. Por fim, registre-se que a comissão deverá encaminhar o relatório final para o Ministério Público apurar eventuais crimes cometidos por pessoas físicas (art. 15).

A LAC prevê a possibilidade de realização dos chamados acordos de leniência com as empresas, situação nas quais empresas que tenham praticado atos lesivos os confessam e colaboram para elucidação dos fatos, identificando outros agentes (pessoas físicas e jurídicas) que tenham praticado irregularidades. Trata-se de um instrumento de suma importância para as investigações, uma vez que determinados conluios são de difícil elucidação. Registre-se que, consoante apontado no Capítulo 2, desde o Caso Watergate, diversas empresas vêm colaborando nos Estados Unidos, a fim de evitar consequências mais gravosas para os atos irregulares praticados⁶²¹. No Brasil, essa iniciativa foi implantada, formal e definitivamente⁶²², no Processo Penal em momento recente, por meio da chamada Lei das Organizações

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.

§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.”

⁶²¹ O processo negocial no direito criminal estadunidense teve forte influência da escola da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), partindo da premissa de que os criminosos fazem escolhas racionais baseada em uma análise de custo-benefício. Essa perspectiva ganhou expressivo relevo após a publicação, em 1974, do estudo de Gary Backer intitulado “Crime e Punição”: Uma Abordagem Econômica. BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Nova York: Columbia University Press, 1974, p. 1-54.

⁶²² Antes da referida lei, havia a celebração de acordos com réus fundamentados em outros diplomas legais, como a Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990 (art. 8º, parágrafo único), Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica e Financeira – Lei nº 9.613/1998 (art. 1º, § 5º) e Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas – Lei nº 9.807/1999 (arts. 13 e 14). No entanto, o instituto ganhou outra dimensão com a previsão mais detalhada e específica da Lei das Organizações Criminosas, uma vez que foi nesse diploma que houve a regulamentação da fase de realização do acordo, formalmente vinculando ambas as partes e conferindo segurança jurídica ao instituto. Anteriormente, a previsão legislativa era restrita à redução da pena em sentença.

Criminosas (Lei nº 12.850/2013). No âmbito administrativo sancionatório, importante salientar que o CADE já fazia acordos semelhantes para desmantelar cartéis desde a edição da Lei nº 10.149/2000.

O art. 16 da LAC prevê a realização de acordos de leniência⁶²³ pela autoridade máxima de cada órgão, caso a sua colaboração auxilie na “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber” e na “obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”. Três requisitos são impostos pela legislação: 1) que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar seu interesse em cooperar; 2) a colaboradora cesse completamente seu envolvimento nos atos ilícitos; e, 3) que a entidade implicada reconheça sua participação nos fatos investigados e coopere plenamente com o processo administrativo. Houve, ademais, a tentativa de inserir a obrigação de adoção de mecanismos de *compliance* como requisito para celebração de acordo. No entanto, a Medida Provisória nº 703/2015, que a incluiu, além de promover outras alterações na LAC, teve sua vigência encerrada sem aprovação pelo Congresso Nacional.

Importante registrar que o Decreto nº 8.420/2015 afirma que o acordo de leniência é destinado também à composição relativa a ilícitos praticados com fundamento na Lei nº 8.666/1993 (arts. 86 a 88), possibilitando que as colaboradoras sejam isentadas das penas de suspensão do direito de contratar com a administração e declaração de inidoneidade, penas das mais temidas, consoante já referido (art. 40, IV). Em conformidade com o estudado no tópico 3.1.1, no plano federal, a CGU tem competência para aplicação dessas penalidades, de modo que a reunião dos procedimentos é plenamente recomendável, uma vez que o entrelaçamento é evidente na maior parte dos casos que envolvem irregularidades praticadas em contratos celebrados com o poder público. O Decreto explicitou, ademais, outras obrigações das entidades colaboradoras: 1) “cooperar plena e permanentemente com a investigação e o processo administrativo”; e, 2) “fornecer as informações, documentos e elementos que comprovem a infração” (art. 30, IV e V). O art. 37, IV, por sua vez, coloca como conteúdo essencial do acordo a inserção de cláusula impondo a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programas de integridade como obrigação para a empresa disposta a colaborar.

⁶²³ O Manual da CGU para Responsabilização de Pessoas Jurídicas assim conceitua o acordo de leniência: “ato administrativo consensual por meio do qual a Administração processante concede isenções ou atenuações de sanções administrativas imputáveis a determinado infrator em troca de uma efetiva colaboração processual, consistente na apresentação de informações relevantes e provas diretas relacionadas à prática de ilícitos administrativos, que permitam inferir, de forma substancial, a existência de elementos notórios de autoria e materialidade” (CGU, 2016, p. 92).

No instrumento em que for firmado o acordo de leniência, serão estipuladas as “condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo” (art. 16, § 4º da LAC), ficando estabelecidas as obrigações da colaboradora. A rejeição do acordo pelo poder público não importa em reconhecimento da prática de ato ilícito (§ 6º). Destaque-se, ainda, que o descumprimento das condições do acordo implica em impossibilidade de realizar nova avença pelo prazo de três anos (§ 8º).

Os benefícios obtidos com o acordo de leniência são a isenção da pena de publicação da decisão condenatória em periódico de larga circulação, a impossibilidade de condenação à pena de suspensão de recebimento de incentivos e subvenções do poder público e a redução da multa aplicada em até 2/3 (art. 16, § 2º da LAC). O acordo, todavia, não isenta a pessoa jurídica da obrigação de reparar o dano provado (art. 16, 3º).

No âmbito do Poder Executivo Federal, o acordo de leniência é negociado pela CGU, órgão ao qual compete também cuidar de casos relativos a atos lesivos a autoridades estrangeiras (art. 16, § 10, da LAC)⁶²⁴. O Decreto nº 8.420/2015 regulamentou os acordos de leniência entre seus arts. 28 e 39. A Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2.278/2016, por sua vez, detalhou os procedimentos, os quais passaram a ser acompanhados durante toda a negociação pela AGU, de modo que membros da advocacia pública passaram a fazer parte das comissões de leniência (art. 4º, I, da referida Portaria).

Como uma ferramenta para reunir em um banco de dados todas as empresas punidas e declaradas inidôneas, com fundamento na Lei nº 8.666/1993, a LAC previu a criação de cadastros informatizados. Trata-se do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, previstos nos arts. 22 e 23. Essa ferramenta permite que os integrantes da administração e da própria sociedade civil possam ter conhecimento de quais pessoas jurídicas foram punidas. Assim como a obrigatoriedade de publicação da decisão condenatória, esse cadastro funciona como uma sanção acessória dentro da perspectiva “*name and shame*”, ou seja, “penas que surtem efeito sobre a esfera reputacional da pessoa jurídica”⁶²⁵

Cumprido salientar os números atingidos, pela CGU e pela AGU, desde o início da aplicação da LAC. Importante considerar que a regulamentação do diploma legal tem apenas

⁶²⁴ Após a edição da Portaria 1.381/2017, da CGU, houve uma separação interna de atribuições, passando os acordos de leniência a serem conduzidos pela Secretaria-Executiva, ao passo que os PARs foram mantidos à cargo da Corregedoria-Geral da União (CGR).

⁶²⁵ CGU, 2016, p. 60.

três anos, razão pela qual o trabalho até aqui desenvolvido deve ser considerado bastante relevante. O número de empresas que procuraram realizar acordos de leniência é bastante expressivo, havendo 19 processos em andamento. Foram fechados sete acordos: SBM Offshore (R\$ 1,22 bilhão), Odebrecht (2,72 bilhões), Mullen Lowe e FCB Brasil (R\$ 53,1 milhões), Bilfinger (9,8 milhões), UTC Engenharia (R\$ 574 milhões), Andrade Gutierrez (R\$ 1,49 bilhão) e Braskem SA (R\$ 2,87 bilhões). Os valores referidos consideram tanto multa quanto dano ao erário⁶²⁶.

No que tange aos Processos Administrativos de Repossibilização, tem-se um cenário igualmente promissor. Atualmente, existem 392⁶²⁷ expedientes instaurados no âmbito da CGU. Desses, 288 são PARs referentes a irregularidades praticadas em face da administração federal e um em face de autoridade estrangeira. Os outros 103 são relativos a investigações preliminares instauradas, com fundamento no art. 2º, §§ 1º ao 5º do Decreto nº 8.420/2015. Foram concluídos, ademais, 131 procedimentos, estando vigentes 41 sanções⁶²⁸.

A LAC é uma lei bastante relevante no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido responsável pela criação definitiva de um mecanismo para punir pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados em detrimento da administração pública nacional ou estrangeira. Sua estrutura e regulamentação tornam o país adaptado às obrigações assumidas por meio de compromissos internacionais. No entanto, urge destacar que o modo como a responsabilização foi implementada no Brasil se diferencia das experiências estrangeiras existentes. Essa análise será realizada na próxima seção.

3.2. Ordens jurídicas transnacionais anticorrupção e o ordenamento jurídico brasileiro: uma influência limitada

O escopo da presente seção é demonstrar que as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção tiveram uma influência no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere à responsabilização da pessoa jurídica. No entanto, esse impacto é limitado. Isso porque, embora os instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, com destaque para a Convenção da OCDE,

⁶²⁶ Informações disponíveis no *site* da CGU: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>>. Acesso em 23/07/2019.

⁶²⁷ Interessante observar a evolução dos números: em 2014, foram 10 expedientes instaurados, em 2015, esse número subiu para 29, em 2016 para 34 e, em 2017, para 168. Em 2018 foram instaurados 214.

⁶²⁸ Esses dados foram extraídos da seção “painéis” do *site* da CGU: <<http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>>. Acesso em 25/07/2019.

tenham sido importantes para que fosse criada uma legislação específica para investigar e punir pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, tem-se que o país conferiu contornos próprios à processualística envolvida, se diferenciando dos demais países economicamente relevantes.

A Subseção 3.2.1 procura, sucintamente, responder a perguntada condutora da pesquisa. Já a 3.2.2 faz um cotejo entre a legislação brasileira com a dos demais países signatários da Convenção da OCDE, notadamente àqueles que adotaram a responsabilidade administrativa. Por fim, a Subseção 3.2.3 tem por objeto fazer uma análise da recursividade das ordens jurídicas transnacionais frente ao objeto de estudo.

3.2.1. A influência efetiva das ordens jurídicas transnacionais no regime de responsabilização da pessoa jurídica no Brasil

O escopo da presente subseção é responder, de forma objetiva e específica, a pergunta condutora da pesquisa. Nesse passo, conforme já apresentado no Capítulo 2, a primeira parte da questão deve ser assertiva. De fato, os mecanismos anticorrupção formam ordens jurídicas transnacionais. É possível verificar, ademais, uma nítida influência das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção no ordenamento brasileiro, notadamente no que diz respeito à edição da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). É possível, ainda, inferir que a Convenção da OCDE teve um protagonismo, embora exista, até o momento, apenas um processo em curso relativo à responsabilização corporativa por suborno de autoridade estrangeira. No que tange ao incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*, a resposta é igualmente positiva, uma vez que a sistemática inaugurada pela LAC colocou a existência dos programas de integridade como um elemento a ser avaliado no momento da dosimetria da pena da pessoa jurídica, especialmente no cálculo do valor da multa.

A influência acima referida é, todavia, limitada. Conforme será visto na próxima subseção, inobstante o Brasil tenha sido instigado, pelos compromissos internacionais firmados, a adotar uma legislação voltada à responsabilização de pessoas jurídicas, a sistemática elaborada possui contornos próprios da tradição jurídica brasileira, sendo composto pelo conjunto de responsabilidade objetiva e processos administrativos, o que se diferencia dos demais países economicamente relevantes. De outra parte, no que diz respeito ao incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*, embora o sistema brasileiro pareça estar em consonância

com as avaliações da OCDE, tem-se uma mitigação no incentivo, conforme será exposto no Capítulo 4.

Os elementos colhidos que permitem concluir que essa influência ocorreu são os relatórios dos sistemas de monitoramento, especialmente os oriundos do WGB/OCDE. Desse modo, conforme restou claro na subseção 3.1.2, na primeira fase de avaliação, foram apresentadas legislações já existentes, como a Lei Antitruste, como aptas a atender aos fins da convenção no tocante à responsabilização da pessoa jurídica, embora não fosse seu escopo central. Já a Fase 2 da avaliação foi bem mais contundente, afirmando que o Brasil não havia cumprido com as obrigações assumidas ao assinar a convenção. No *Follow Up* da Fase 2, o país afirmou estar desenvolvendo iniciativas para suprir a lacuna, informando que a CGU havia sido encarregada de elaborar um anteprojeto. Logo após, é enviado o Projeto de Lei nº 6.826/2010, que foi aprovado e se tornou a Lei Anticorrupção. Já na Fase 3, essa legislação passa a ser tema central, sendo reconhecida a adaptação do Brasil à Convenção. A primeira avaliação da ONU, por sua vez, já ocorreu sob a vigência da LAC, conferindo-lhe elevado destaque.

Essa narrativa acima delineada é reforçada pela Exposição de Motivos Interministerial nº 0011/2009 – CGU/MJ/AGU, encaminhada ao Congresso juntamente com a Mensagem Presidencial nº 52/2010. Conforme visto, consta que essa mensagem refere os compromissos internacionais firmados como geradores de obrigações ao Brasil relativas à responsabilização da pessoa jurídica.

De outra parte, a influência é limitada, pois a tradição jurídica brasileira foi respeitada na edição da Lei nº 13.846/2013. Dessa forma, não houve uma tentativa de importar modelos de responsabilização penal da pessoa jurídica, embora tramitem projetos de lei nesse sentido. Noutro passo, foi criado um mecanismo de responsabilização da pessoa jurídica, fundado em autoridades administrativas. No caso da União, a CGU foi eleita como órgão central e preferencial para essa atuação. Assim, não se pode dizer que houve uma simples replicação de modelos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o fenômeno da recursividade, apresentado no Capítulo 1 (Seção 1.2.1) é percebido com movimentos não tão uniformes. Isso porque é bastante nítido o movimento da legislação norte-americana rumo à internacionalização da matéria. Assim, na origem da Convenção da OCDE contra a Corrupção, estava a necessidade de internacionalização do FCPA por exigência do cenário político doméstico. A assinatura desse instrumento, e posteriormente das Convenções da OEA e da ONU, conduziram à necessidade de combate à corrupção ao âmbito global, o que incluiu a responsabilização da pessoa jurídica. No entanto, nota-se que, ao

elaborarem suas normas, os Estados mantêm sua tradição jurídica, de modo que o fenômeno recursivo é limitado. Isto é, existem as trocas, respeitando determinada margem nacional de apreciação, conforme será melhor estudado nas próximas seções. No caso específico do Brasil, não se tem notícia até o momento de uma influência local na esfera global, mas somente o contrário.

É importante mencionar, demais do exposto, que a influência é notoriamente positiva, pois o desenvolvimento de uma legislação direcionada à responsabilização de pessoas jurídicas é bastante importante pelos motivos já expostos nesse estudo. Cumpre destacar dois deles: a dificuldade de se impor a responsabilidade a pessoas físicas participantes de estruturas empresariais complexas, cujo processo de tomada de decisões depende de diversos atores, e o incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*, encorajando a chamada autorregulação do setor privado. A existência das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção foi um importante agente influenciador na adoção da legislação brasileira, que não pode ser descartado. No entanto, conforme será visto adiante, determinados nuances podem ser contraproducentes no desenvolvimento da legislação quando adotados de forma açodada.

3.2.2. O Brasil em comparação com os demais signatários da Convenção da OCDE⁶²⁹: uma influência limitada

Conforme os dados coletados pelo WGB/OCDE, o instrumento patrocinado pela organização teve uma importância bastante acentuada na difusão da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de corrupção, incluindo evidentemente o suborno transnacional. A maior parte dos signatários da convenção (hoje são 43⁶³⁰) previam em seus ordenamentos jurídicos algum tipo de responsabilidade de pessoas jurídicas, embora a maioria não estivesse relacionada à corrupção e, mais especificamente ainda, ao suborno transnacional. Diversos Estados signatários já contavam com meios para punir penalmente a pessoa jurídica: Austrália (desde 1995), Brasil (limitado aos crimes ambientais, conforme estudado, com previsão constitucional

⁶²⁹ A comparação do Brasil com os demais países signatários da Convenção da OCDE, e não com outros países, se dá por razões pragmáticas. Em relação a esses países existem dados disponíveis pela organização, bem como tem-se que o instrumento em comento reúne os Estados economicamente mais relevantes, com exceção de alguns *players* como China e Índia. Para os fins do presente estudo, portanto, tem-se que esse é um adequado parâmetro de análise.

⁶³⁰ Na época da elaboração do estudo do WGB/OCDE em comento (2016), havia 41 Estados signatários da convenção. Lituânia e Costa Rica assinaram a convenção em 2017. Informação disponível no *site* da OCDE: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf>>. Acesso em 05/12/2018.

desde 1988), Canadá (a definição de pessoa da legislação penal inclui a PJ), Dinamarca (desde 1996), Finlândia (desde 1995), França (desde 1994), México (para determinados delitos), Holanda (desde 1976), Noruega (desde 1991), Nova Zelândia (desde 1961), Portugal (desde 1984), África do Sul (desde 1957), Turquia (para determinados delitos), Reino Unido (desde 1889) e Estados Unidos (desde 1890 com o *Sherman Act*). Esses dois últimos países são, certamente, os pioneiros na responsabilização penal da pessoa jurídica, já trabalhando com a matéria a bastante tempo. Conforme já estudado, a própria falta de um direito administrativo sancionador desenvolvido, conduziu à utilização do direito criminal em face de PJs. Na Coreia do Sul e em Israel⁶³¹ havia a possibilidade de responsabilização criminal com fundamento em decisões judiciais⁶³².

Outros diversos Estados previam a possibilidade de responsabilização administrativa: Argentina (não para suborno), Brasil (para determinados casos, o que não incluía suborno, especialmente o transnacional), Alemanha (inclusive para suborno desde 1994), Islândia (para matérias específicas), Polônia (desde 1993) e Suécia (desde 1986)⁶³³.

Após a assinatura da convenção, em 1997, o número de legislações acerca do tema em apreço aumentou de forma bastante expressiva. Em 2016, o estudo do WGB/OCDE apontou que 27 (66% dos signatários)⁶³⁴ países adotaram a responsabilidade criminal, 11 (27%)⁶³⁵ responsabilidade não criminal, 02 (5%)⁶³⁶ ambas, e um não havia adotado nenhum tipo de responsabilização de pessoas jurídicas no que se refere ao suborno transnacional (Argentina)⁶³⁷.

Outro dado interessante é a forma onde está prevista a responsabilização corporativa por suborno transnacional. Em 30 países (73%) é utilizada a legislação penal geral, em 11, houve uma evolução jurisprudencial, embora a maior parte tenha optado por codificar a legislação posteriormente, 20 países utilizam leis específicas, incluindo também o suborno⁶³⁸ e 10 países possuem legislações específicas sobre o assunto. A OCDE concluiu que o Brasil incluiu sua

⁶³¹ Com codificação de temas específicos em 1994.

⁶³² OCDE, 2016, p. 18.

⁶³³ *Ibid.*, p. 16.

⁶³⁴ Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Japão, Coreia do Sul, Luxemburgo, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Espanha, Suíça e Reino Unido.

⁶³⁵ Brasil, Bulgária, Colômbia, Alemanha, Grécia, Itália, Letônia, Polônia, Rússia, Suécia e Turquia.

⁶³⁶ Estados Unidos e México.

⁶³⁷ OCDE, 2016, p. 21-26.

⁶³⁸ O Japão é único a tratar a matéria na legislação de defesa da concorrência.

regulamentação em uma legislação abrangente, uma vez que a Lei nº 12.846/2013 não diz respeito unicamente ao suborno⁶³⁹.

Aprofundando a análise dos países que adotaram a responsabilidade não criminal, é possível perceber que, mesmo dentre esses, o Brasil ainda possui suas próprias especificidades. A Bulgária incluiu a sanção a pessoas jurídicas por corrupção em sua Lei sobre Atos Ilícitos e Sanções (*Law on Administrative Offences and Sanctions*). Nesse país, a investigação é conduzida pelas promotorias de justiça, de forma regionalizada, havendo especialização em determinadas cidades, como, por exemplo, Sofia⁶⁴⁰. Existe, ademais, a possibilidade de, dependendo da complexidade da investigação, ser solicitado um auxílio especializado externo de diferentes órgãos governamentais, como a Agência Estatal de Segurança Nacional⁶⁴¹.

A Colômbia, de outro norte, possui um sistema mais próximo ao brasileiro. Recentemente, foi editada, a Lei nº 1.474/2011, também conhecida como “Lei Anticorrupção”, a qual prevê a responsabilização de pessoas jurídicas, por meio de um órgão administrativo (a “Superintendência de Sociedades”)⁶⁴², a qual é dotada de expertise para conduzir investigações, além de possuir amplos poderes investigatórios, incluindo técnicas investigativas especiais para combater o suborno transnacional. É importante ressaltar que é possível, também, a aplicação de sanções a pessoas jurídicas quando há condenação criminal de pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção⁶⁴³.

A Alemanha e a Itália são os países pioneiros na resistência à adoção de uma responsabilização criminal da pessoa jurídica, tendo em vista sua desenvolvida teoria do direito penal, a qual entende que o instituto é incompatível com pessoas jurídicas. Nesses Estados,

⁶³⁹ OCDE, 2016, p. 27-33.

⁶⁴⁰ Capital e maior cidade do país.

⁶⁴¹ OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Bulgaria*. Paris: 2011, p. 20-21. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Bulgariaphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁴² Consta no dispositivo: “de acordo com o disposto no artigo 86 da Lei 222, de 1995, a Superintendência de Sociedades poderá aplicar multas de quinhentos (500) a dois mil (2.000) salários mínimos mensais em vigor quando, com o consentimento de seu representante legal ou de qualquer dos seus administradores ou com a tolerância dos mesmos, a empresa participou na prática de um delito contra a Administração Pública ou contra o patrimônio público”. Tradução própria de: “*De conformidad con lo señalado en el artículo 86 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público*”. COLÔMBIA. Lei nº 1474/2011. Disponível em: <<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁴³ OCDE. *Phase 1 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia*. Paris: 2012, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ColombiaPhase1ReportEn.pdf>>. Acesso em 06/12/2018. Registre-se que a Colômbia passou tardiamente pela Fase 1 de monitoramento, pois assinou a convenção somente em 2012.

contudo, as sanções administrativas são aplicadas pelas mesmas cortes criminais responsáveis pelos julgamentos das pessoas físicas⁶⁴⁴. Registre-se que, na Alemanha, quando a sanção penal não é aplicada aos prepostos da empresa, é possível que a decisão seja tomada diretamente pelo Ministério Público, pois esse órgão possui competência para impor sanções de natureza administrativa⁶⁴⁵. No caso da Itália, a regra é o processamento conjunto das demandas contra as pessoas físicas e jurídicas, podendo haver a responsabilização corporativa separada, no caso de a pessoa física não ser considerada culpada⁶⁴⁶.

A Grécia é outro país que adotou a responsabilização administrativa da pessoa jurídica. Essa previsão ocorreu por meio da edição da Lei nº 4.254/2014, a qual, seguindo as sugestões do WGB/OCDE, consolidou a sua legislação sobre o assunto em um diploma único. O processamento das demandas ocorre da mesma forma que a responsabilização criminal, passando pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário⁶⁴⁷.

Na Letônia, por sua vez, a responsabilização da pessoa jurídica se dá em conjunto com as pessoas físicas. Podem, nesse passo, haver medidas coercitivas em face de pessoas jurídicas. No entanto, apenas as pessoas naturais podem ser objeto da persecução penal. É uma espécie de sanção acessória que pode ser aplicada às pessoas jurídicas. Registre-se que pode haver o sancionamento apenas da pessoa jurídica, sendo, necessário, contudo, que exista um prévio procedimento em face de pessoa física para que seja iniciada a investigação. Em outras palavras: o processo de responsabilização não pode ser aberto exclusivamente em face da PJ. O WGB/OCDE demonstrou preocupação com esse procedimento⁶⁴⁸.

Na Polônia, foi editada uma lei específica para cuidar da responsabilidade das pessoas jurídicas (Lei de Responsabilidade das Pessoas Jurídicas). O procedimento é similar ao da Alemanha, da Itália e da Grécia, dependendo da atuação do Ministério Público e do Poder

⁶⁴⁴ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 224.

⁶⁴⁵ OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Germany*. Paris: 2011, p. 25. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Germanyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁴⁶ O WGB não se demonstrou satisfeito com a situação italiana quanto à independência dos procedimentos em face das pessoas jurídicas em relação às pessoas físicas, indicando monitoramento específico sobre o tema. OCDE. *Phase 3 Report on Implementing The OECD Anti-Bribery Convention in Italy*. Paris: 2011, p. 16-17. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Italyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁴⁷ OCDE. *Phase 3 bis Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Greece*. Paris: 2015, p. 18-20. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Germanyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁴⁸ OCDE. *Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Latvia*. Paris: 2015, p. 57-60. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Latvia-Phase-2-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

Judiciário⁶⁴⁹. A Rússia igualmente aplica sanções de natureza administrativa a pessoas jurídicas, de acordo com as previsões de seu Código Civil e do Código Administrativo, possuindo uma sistemática semelhante, dependendo dos órgãos jurídicos tradicionais para impor a punição⁶⁵⁰.

Estados Unidos e México são países que adotaram os dois tipos de sanções (penais e não penais). Nos EUA, a realidade encontrada é que o FCPA possui penas de natureza criminal e outras, de caráter civil, por suborno a autoridades estrangeiras. Não se trata, com efeito, de nenhum tratamento especial em relação a pessoas jurídicas, uma vez que são endereçadas também a pessoas físicas. Essas penas incluem multas, impedimento ou cancelamento de contratos com o poder público, suspensão de licenças de exportação e inelegibilidade para benefícios fiscais e subsídios⁶⁵¹.

No México, noutro giro, foi criada em concomitância com a responsabilização penal, uma normatização paralela destinada à responsabilidade administrativa. Trata-se da Lei Geral de Responsabilidade Administrativa. O principal órgão envolvido é o Ministério da Administração Pública. As denúncias recebidas pelo órgão são registradas e processadas por meio de uma ferramenta tecnológica, sendo uma investigação conduzida pelos órgãos de controle interno, em conformidade com o regulamento do referido ministério. Após esse procedimento, o expediente é encaminhado ao Tribunal Federal de Justiça Administrativa⁶⁵², ao qual compete a imposição de eventuais sanções. Esse sistema não dispensa a existência da possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica pela justiça comum do México⁶⁵³.

A análise acima empreendida demonstra que o sistema brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica, por meio de procedimentos administrativos, é bastante específico entre os signatários da Convenção da OCDE. Apenas Colômbia e México possuem sistemas com os quais é possível identificar algumas semelhanças. Nesse passo, registre-se que ambos têm

⁶⁴⁹ OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Poland*. Paris: 2013, p. 44-45. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Polandphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁵⁰ OCDE. *Phase 2. Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Russian Federation*. Paris: 2015, p. 76-78. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/RussianFederationPhase2ReportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁵¹ OCDE. *Phase 1. United States Review of Implementation of the Convention And 1997 Recommendation*. Paris: 1999, p. 12-13. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2390377.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁵² Corte que não integra o poder judiciário e é encarregada do contencioso administrativo.

⁶⁵³ OCDE. *Phase 4 Report: Mexico. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention*. Paris: 2018, p. 48-49. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Mexico-Phase-4-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

natureza administrativa, sendo que, na Colômbia, o órgão que atua é o responsável pela supervisão das pessoas jurídicas. Já no México, as sanções são impostas por um tribunal administrativo, não integrante do Poder Judiciário, mas que cuida de diversas matérias relativas ao contencioso entre o governo e particulares⁶⁵⁴. Embora existam traços comuns, não é possível estabelecer um paralelo com o sistema brasileiro.

Em outros aspectos avaliados pelo WGB/OCDE, o Brasil se mostra bem adequado às exigências da ordem transnacional, bem como apresenta semelhança regulatória com a maioria dos Estados envolvidos. No que tange aos tipos de pessoas jurídicas passíveis de responsabilização, a LAC abrange empresas formalmente constituídas, bem como as informais, além de empresas estatais (art. 94 da Lei das Estatais) e entidades sem fins lucrativos. Como a Convenção da OCDE não definiu o conceito de pessoa jurídica⁶⁵⁵, o WGB demonstra bastante preocupação acerca do alcance da legislação nacional, uma vez que, em determinado país, podem existir formas legais de se obstar a cobertura da legislação⁶⁵⁶. O Brasil, portanto, cumpre as recomendações do órgão de monitoramento abrangendo, em sua legislação, diferentes tipos legais de pessoa jurídica. No que tange aos demais signatários, a esmagadora maioria dos países cumpre os preceitos da ODCE. Apenas em relação ao alcance de pessoas jurídicas informais, há menor nível de comprometimento dos signatários (15 legislações nacionais as abrangem, ao passo que 08 não as alcançam e, em 17, não se chegou a uma conclusão sobre o tema)⁶⁵⁷.

Conforme já visto na Subseção 3.1.3, o tema da imputação é um dos mais controvertidos e importantes no que diz respeito à responsabilização da pessoa jurídica. Não é à toa que esse é um dos temas do Anexo I da Recomendação de 2009. Assim, é sugerido no âmbito desse documento que os países não utilizem como critério único de imputação a necessidade de prática do ato ilícito diretamente pela pessoa com maior nível de gerência da PJ.

Nesse contexto, o levantamento da OCDE analisa os marcos regulatórios dos países signatários sob três critérios: 1) quando a pessoa física com maior autoridade na corporação comete diretamente o ilícito; 2) quando essa pessoa autoriza que um subordinado pratique a conduta irregular; e, 3) quando falha em supervisionar ou adotar controles adequados para prevenir a prática. Segundo o WGB, no Brasil, os três critérios são aplicáveis⁶⁵⁸. Conforme já

⁶⁵⁴ Para melhor compreensão do papel do Tribunal Federal de Justiça Administrativa (TFJA), pode-se consultar seu *site*: <<http://www.tfja.gob.mx/tribunal/historia/>>. Acesso em 06/12/2018.

⁶⁵⁵ PIETH; LOW; BONUCCI, 2014, p. 226.

⁶⁵⁶ OCDE, 2016, p. 34.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 34-35.

⁶⁵⁸ OCDE, 2014, p. 20.

estudado, no país impera uma responsabilização objetiva, quase automática, sendo necessário apenas que o ato seja praticado por alguém que haja em nome e em benefício da pessoa jurídica.

O Brasil adotou, desse modo, uma legislação que se diferencia bastante em relação aos principais *players* globais, ao criar um mecanismo baseado em procedimentos administrativos conduzidos pelas autoridades lesadas. No caso da União, objeto do presente estudo, a maior parte dos esforços regulatórios ficaram a cargo da CGU, que pode instaurar ou avocar procedimentos iniciados por órgãos do Poder Executivo Federal e ainda conta com a competência exclusiva para conduzir casos sobre suborno transnacional. A estrutura desse órgão, por sua vez, se baseia na instauração dos Procedimentos Administrativos de Responsabilidade (PARs), conduzidos por comissões independentes, cabendo ao chefe do órgão o julgamento final. É, sem dúvidas, um sistema diferenciado em relação aos demais países signatários da Convenção da OCDE.

3.2.3. O fenômeno da recursividade aplicado às ordens jurídicas transnacionais anticorrupção: a responsabilização da pessoa jurídica no Brasil

O fenômeno da recursividade foi objeto do Capítulo 1 (especialmente, Seção 1.2.1). O estudo de uma ordem jurídica transnacional deve ocorrer considerando seu caráter recursivo, e suas constantes mudanças no que tange à formação, *enforcement*, aplicação e interpretação. Dessa forma, as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção funcionam como um excelente objeto de estudo dessa realidade⁶⁵⁹. Assim, é possível perceber que o ordenamento jurídico se constitui por diversas forças, que não são unidirecionais, mas são influenciadas por diversos estímulos diferentes. Na situação em estudo, ao mesmo tempo em que há uma nítida influência externa, há também forças internas que não permitem uma importação integral dos modelos consolidados em outros países.

A origem das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção é nitidamente a pressão exercida pelos Estados Unidos para que a matéria passasse a ser tratada em organismos multilaterais, levando a discussão do suborno transnacional para a OCDE inicialmente e, de modo mais abrangente, para a OEA. De uma maneira mais alargada, as discussões foram

⁶⁵⁹ HALLIDAY; SCHAFFER, 2015, p. 72.

conduzidas posteriormente pela ONU, já sob uma perspectiva global, em uma fase em que o combate à corrupção tinha se tornado uma importante bandeira política.

A questão específica da responsabilização da pessoa jurídica pode ser vista de uma forma mais estrita. É certo que, para seu objetivo, era imprescindível esse tema estar inserido na Convenção da OCDE. Relembre-se, com efeito, do Caso Watergate e das primeiras investigações conduzidas pela SEC, nas quais restou comprovado que diversas empresas, muitas gigantes como *Exxon Corporation* e *Lockeed Jetliners*, tinham por praxe a política de subornar autoridades com o fito de obter benefícios. Em sendo assim, é evidente que a Convenção da OCDE, que visava a coibir a prática em escala global, deveria ter como um de seus temas centrais a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção.

Nos Estados Unidos e no Reino Unido, a responsabilização penal da pessoa jurídica é bastante antiga, remetendo ao século XIX, de modo que a extensão desses efeitos para atos de corrupção foi algo de larga aceitação. Registre-se que, nesses países, nos albores da adoção desse modelo, surgiram discussões relacionadas à capacidade de ação da pessoa jurídica. Acabou, contudo, por prevalecer um pragmatismo⁶⁶⁰ que indicava o direito penal como o meio mais eficaz para responsabilizar uma empresa por ato ilícito. Na Inglaterra, como é característico de sua tradição jurídica, a imputação da crimes a pessoas jurídicas nasceu jurisprudencialmente, notadamente no que diz respeito a delitos regulatórios.⁶⁶¹ No Estados Unidos, a possibilidade de responsabilidade penal surge com a legislação antitruste (*Sherman Act* de 1890) e se consolida após a decisão proferida, pela Suprema Corte, no Caso *New York Central & Hudson River Rail Road Co. vs. United States* em 1909⁶⁶².

Dentro da tradição civilista, de outra parte, a resistência em adotar a responsabilização criminal da pessoa jurídica foi bastante acentuada, especialmente pelos obstáculos encontrados na Alemanha e na Itália, países que possuem um grande poder de influência dentro dessa tradição⁶⁶³. Considerando essas peculiaridades e, tendo em vista a necessidade de consenso na sua adoção, a Convenção da OCDE não impôs nenhum tipo de responsabilização como impositiva (art. 2), revelando apenas que suas sanções deveriam ser “efetivas, proporcionais e dissuasivas” (art. 3, 2). A mesma lógica foi adotada na Convenção da ONU (art. 26) e, com viés

⁶⁶⁰ Conforme já apontado, um dos fatores que levaram Reino Unido e Estados Unidos a protagonizar a utilização do direito penal em face de pessoas jurídicas foi a falta de um direito administrativo desenvolvido, mormente se considerado em sua modalidade sancionatória (Ver VERÍSSIMO, 2017, p. 33)

⁶⁶¹ VERÍSSIMO, 2017, p. 30.

⁶⁶² SAMAHA, 2011, p. 221-222.

⁶⁶³ DUBBER, Markus, D.; HÖRNLE, Tajana. *Criminal law: a comparative approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.337-338.

de *soft law*, nos Princípios do G20 sobre a Responsabilização da Pessoa Jurídica (Princípio 1). Não obstante essa ressalva, a maior parte dos Estados signatários (27) da Convenção da OCDE adotaram a responsabilização criminal da pessoa jurídica, conforme exposto na subseção anterior.

Essa exportação de modelos jurídicos refletiu no Brasil, enquanto signatário de três convenções internacionais anticorrupção. Conforme já apreciado, o país demorou a adaptar sua legislação para responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção, o que ocorreu apenas em 2013 e, em certa medida, teve seu processo acelerado pelas manifestações contra a corrupção que ocorreram em meados daquele ano. Apenas na 3ª Fase de monitoramento do mecanismo da OCDE é que o país havia adotado a legislação pertinente, a qual não havia ainda sido regulamentada.

O modelo adotado no Brasil para responsabilidade corporativa é único, encontrando traços semelhantes apenas em dois países signatários da Convenção da OCDE, México e Colômbia, sendo que o primeiro adota em paralelo a punição penal às pessoas jurídicas. Além de utilizar o direito administrativo sancionador, foi estabelecida uma lógica própria, tendo como protagonista, no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União (CGU). Não há como se afirmar, com efeito, como fizeram Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz⁶⁶⁴ que o Brasil estaria importando modelos legislativos e impondo poucos limites à essa interação.

O sistema brasileiro de imposição da responsabilidade à pessoa jurídica se fundamenta, procedimentalmente, em uma lógica plenamente administrativa. São formadas comissões *ad hoc* para cada caso, compostas por servidores públicos efetivos⁶⁶⁵. Essas comissões não possuem nenhum caráter jurisdicional, sendo que, no Poder Executivo Federal, a maioria delas, conforme já exposto, são formadas no âmbito da CGU. Essas comissões têm o dever de realizar as investigações, conduzindo toda a fase instrutória do PAR e elaborar um relatório final. Por fim, o órgão julgador é distinto, sendo competente a autoridade máxima do órgão que instaurou

⁶⁶⁴ “Sob decisiva influência dos padrões estadunidenses e britânico de prevenção à corrupção, a adoção de padrões legislativos internacionais aponta para os compromissos de profissionalização do mercado brasileiro, relativizando o papel representado pela regulação estatal, em busca de novo modelo para formas jurídicas. Essa tendência bastante criticada sob olhares estreitos da ciência do Direito, cada vez se mostra um caminho sem volta. Certo ou errado, essa é uma trilha em que deve-se aventurar também o penalista.” Em outro momento, os autores afirmam que, embora a Lei 12.846/2013 não seja “formalmente penal, representa conteúdo material penal, seus efeitos e forma sancionatórios têm forte incidência na restrição de direitos e repercutem seriamente na aplicação de condenações criminais”. Resta claro, desse modo, a visão crítica dos autores no sentido de que o Brasil adotou padrões internacionais de regulação (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 305-308).

⁶⁶⁵ Para a Investigação Preliminar, basta que sejam efetivos. Já no âmbito do PAR, é necessário que sejam estáveis (art. 10 da Lei LAC) ou, para o caso de entidades onde não haja estabilidade de seus funcionários, como empresas estatais, a comissão pode ser formada por servidores com mais de três anos de serviço à entidade (art. 5º, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015).

o procedimento. No caso de investigações ocorridas no âmbito da CGU, essa competência é do Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Essa lógica procedimental brasileira é bastante própria se comparada com os demais países participantes da OCDE. Um dos fatores que aparentemente mais a impactaram é o fato de o anteprojeto de lei que deu origem a LAC ter sido elaborado pela CGU, instituição que cuida da maior parte dos Processos Administrativos Disciplinares em face de servidores públicos da União, bem como de grande parte dos processos de responsabilização da pessoa jurídica por atos irregulares praticados em licitações e contratos (arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993). É natural, pois, que essa experiência prévia tivesse reflexos na responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção. Registre-se que determinadas sanções, pelo seu maior grau de invasividade na esfera privada, dependem de decisão judicial, sendo que as comissões dos PARs devem indicar a sua adoção, encaminhando os expedientes para o órgão da advocacia pública que as representem, ou ainda para o Ministério Público, promover a pertinente ação judicial⁶⁶⁶.

Urge ressaltar, de outra parte, que a tradição da estrutura administrativa brasileira envolve, no contencioso administrativo, diversos órgãos especializados. Não existe, como visto no caso do México, um tribunal administrativo que julga diversos casos entre administração e particulares sem fazer parte do executivo. Existem, com efeito, diversos órgãos, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e o Tribunal Marítimo, dentre diversos outros. Todas as decisões tomadas por esses órgãos são sujeitas evidentemente à reapreciação pelo judiciário, uma vez que a jurisdição brasileira é una e o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.826/2010, já havia a indicação de que o modelo de responsabilização administrativa seria o mais adequado para a legislação brasileira, sendo citada a experiência do CADE como indicativo de sucesso. Ademais, há referência ao

⁶⁶⁶ Art. 19 da LAC: “Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.”

fato de serem propiciadas respostas de forma mais célere⁶⁶⁷. Conforme visto nos números citados na subseção 3.1.3, já foram diversos os casos decididos no âmbito da CGU, de modo que a realidade vem demonstrando a aptidão do sistema. Os acordos de leniência, noutro passo, tendem a ser mais ágeis quando realizados administrativamente.

No entanto, nem tudo é conveniente. Conforme será melhor estudado no Capítulo 4, o modelo brasileiro implica em decisões não jurisdicionais, de modo que não existe uma jurisprudência firmada para casos de responsabilização da pessoa jurídica, o que dificulta a existência de uma interpretação sistemática da legislação. A responsabilização penal, de outra parte, fica a cargo do judiciário e do Ministério Público, de modo que uma interação entre esse órgão e os aplicadores das sanções com espeque na Lei nº 12.846/2013 faz-se necessária. Essa falta de interação entre os órgãos chegou a ser objeto de crítica por parte do WGB/OCDE⁶⁶⁸.

O objeto de subseção é demonstrar a lógica do fenômeno recursivo, como bem identificada por Halliday e Schaffer. Não se trata, com efeito, de estudar meras normas transnacionais. Mas, sim, de ordens jurídicas transnacionais⁶⁶⁹. A interação ocorre na medida em que a influência desses sistemas se dá de forma constante. Veja-se, no caso em estudo, que a internacionalização do sistema de responsabilização da pessoa jurídica se deu com diversas resistências à adoção do sistema norte-americano de responsabilização penal. Posteriormente, no âmbito de uma OJT específica, a Convenção da OCDE, passou-se a fazer um monitoramento detalhado dos sistemas jurídicos nacionais dos países signatários das convenções, insistindo na adoção de mecanismos de responsabilização da pessoa jurídica. Isso restou evidente no caso brasileiro. A transposição da norma, todavia, ocorreu de forma a preservar a tradição jurídica brasileira, instituindo um sistema diferente dos demais países signatários do instrumento.

Não se pode olvidar, outrossim, que as ordens jurídicas transnacionais aqui estudadas possuem um caráter hegemônico, conforme referem Halliday e Schaffer⁶⁷⁰, citando os escritos de Boaventura de Souza Santos. Elas foram, com efeito, patrocinadas pela maior potência mundial, os EUA, com o intuito de levar um modelo estadunidense para os demais países do globo. Urge ressaltar, entretanto, que essa visão não acarreta uma análise valorativa (seja negativa ou positiva) das convenções anticorrupção. É apenas um dado que não pode ser

⁶⁶⁷ BRASIL, 2010, p. 3.

⁶⁶⁸ OCDE, 2014, p. 70.

⁶⁶⁹ HALLIDAY Terence C.; SCHAFFER, Gregory. Researching Transnational Legal Orders. In: HALLIDAY, Terence C.; SCHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 477-478.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 478-479.

ignorado. De qualquer forma, não se consegue perceber, ao menos no Brasil, um impacto evidente do modelo norte-americano de responsabilização da pessoa jurídica, conforme referido. O modelo aqui implantado é completamente diferente da responsabilização penal da pessoa jurídica, bem como do FCPA, possuindo uma lógica própria. Uma questão importante para reflexão, que até o momento não pôde ser percebida, é se o ordenamento brasileiro terá força para influenciar alguma das ordens transnacionais anticorrupção de que faz parte. Até o momento, ele somente sofreu influências.

Conforme afirma Mireille Delmas-Marty, se referindo à questão ambiental, o mundo atual é interdependente, de modo que objetivos comuns são necessários, embora se tenha um pluralismo regulatório⁶⁷¹. O impacto na responsabilização da pessoa jurídica é nítido no Brasil. Todavia, o meio regulatório escolhido tem uma leitura claramente nacional.

3.3. Conclusões Parciais

O escopo do presente capítulo foi demonstrar que as ordens jurídicas transnacionais anticorrupção, notadamente a Convenção da OCDE, e seu respectivo sistema de monitoramento impactaram o ordenamento brasileiro no que se refere à responsabilização da pessoa jurídica. No entanto, essa influência foi limitada, tendo em vista os contornos próprios assumidos pela legislação brasileira.

Nesse sentido, foi analisada a legislação brasileira pré-existente acerca da responsabilização da pessoa jurídica. Após uma pequena introdução sobre a temática específica do instituto, verificou-se o histórico da responsabilização civil, administrativa e penal no país. Assim, o instituto da responsabilidade civil é bastante consolidado, tendo vocação, porém, para questões atinentes a relações entre privados (responsabilidade contratual e extracontratual). No que tange a sanções, o direito administrativo e o direito penal demonstram maior aptidão para os fins propostos. Dentro do direito administrativo, diversas formas de responsabilização foram analisadas, como a legislação antitruste, a atuação do controle externo (Tribunais de Contas), a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Licitações. Nenhuma delas, contudo, tinha como objeto a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção. No âmbito penal, a única lei sobre o tema era a que se refere a crimes ambientais.

⁶⁷¹ DELMAS-MARTY, 2016, p. 135 e ss.

Dentro dessa perspectiva, passou-se a analisar os relatórios produzidos pelas ordens jurídicas transnacionais anticorrupção acerca do Brasil. O sistema de monitoramento da OCDE foi bastante enfático, na Fase 2, ao afirmar que o país descumpria o instrumento firmado, o que teve um impacto direto na adoção da Lei nº 12.846/2013. Registre-se que, inobstante o objetivo da Convenção fosse apenas a responsabilização da pessoa jurídica por suborno a autoridades estrangeiras, a lei brasileira teve um objeto mais abrangente. A Convenção da OEA não versou especificamente sobre a temática da responsabilização da pessoa jurídica, de modo que seu sistema de monitoramento versou apenas de forma lateral sobre a questão objeto da pesquisa. Já a Convenção da ONU emitiu seu primeiro relatório em 2015, já sob a égide da LAC, dedicando grande parte de seu conteúdo a essa legislação.

O passo seguinte foi, então, analisar detalhadamente a Lei Anticorrupção e respectiva regulamentação no plano federal, procurando encontrar influências das ordens transnacionais. Desse exame, concluiu-se que o país criou um sistema de responsabilização administrativa bastante interessante, fundamentado em comissões *ad hoc* e conferindo, no plano federal, um protagonismo à Controladoria-Geral da União. Essa lógica procedimental brasileira foi cotejada com outros países signatários da Convenção da OCDE, que, como visto, são os mais relevantes economicamente. Dessa comparação, verificou-se que o sistema brasileiro é bastante específico em relação aos demais países, sendo que a maioria adota a responsabilização criminal corporativa.

Para tornar a exposição mais clara, retome-se o principal questionamento a ser respondido no presente estudo: *é possível verificar um impacto das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção no ordenamento brasileiro, no que tange à responsabilização da pessoa jurídica e ao incentivo à adoção de programas de compliance, formando um fenômeno recursivo entre direito estatal interno e o transnacional?* Considerando a exposição realizada no presente Capítulo, ele deve ser respondido de forma assertiva, com a ressalva, todavia, de que os impactos são limitados.

Por fim, foram tecidos comentários acerca do fenômeno da recursividade das ordens jurídicas transnacionais. Assim, ficou demonstrado que o próprio nascimento das ordens anticorrupção implicou na adoção de um modelo que permitisse o acolhimento de formas distintas de responsabilização corporativa de acordo com a tradição jurídica de cada Estado. No Brasil, a influência das ordens jurídicas limitou-se ao objeto (a responsabilização da pessoa jurídica), de modo que o país adotou uma lógica procedimental própria, se diferenciando dos demais países economicamente relevantes.

CAPÍTULO 4. APERFEIÇOANDO O SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA PESSOA JURÍDICA BRASILEIRO: UMA *EVOLUÇÃO* AO ENCONTRO DOS POSTULADOS TRANSNACIONAIS?

No Capítulo 3 foram firmadas as principais teses extraídas do presente estudo, sendo verificado que as ordens jurídicas anticorrupção, especialmente a constituída pela Convenção da OCDE, influenciou, de forma limitada, o ordenamento brasileiro no que concerne à responsabilização da pessoa jurídica. Nesse último capítulo serão estudados dois temas específicos em que ocorrem críticas da referida ordem jurídica internacional à estratégia de regulação nacional, sendo oferecidas proposições para o aperfeiçoamento do sistema. Será aprofundada, portanto, a análise da interação entre a ordem jurídica decorrente da Convenção da OCDE e o ordenamento estatal interno no que tange a dois tópicos em particular.

A primeira análise se refere ao fato de existir uma falta de coordenação entre os órgãos de controle, notadamente no que tange à CGU, principal responsável pela responsabilização administrativa, e o MPF, encarregado da persecução penal a pessoas físicas. Desse modo, o tópico 4.1 é voltado a essa análise, contando com duas subseções: a primeira apresenta diversos fatos que comprovam a crítica realizada no relatório da Fase 3, elaborado pelo WGB/OCDE. Já a segunda apresenta uma proposta de criação de um órgão, semelhante ao CADE, voltado ao combate à corrupção, o qual seria capaz de oferecer uma maior coesão à estrutura anticorrupção brasileira.

A segunda análise se refere à adequação da LAC no que tange ao incentivo à adoção de mecanismos de *compliance*. Nesse tópico específico, verificar-se-á que o Brasil procurou se adequar às premissas adotadas pelo WGB/OCDE. No entanto, a transposição dessas orientações parece ser açodada, não permitindo uma interpretação adequada da legislação brasileira. Assim, o tópico 4.2 está também dividido em duas subseções: na primeira explicar-se-á as principais premissas dos programas de integridade, bem como os incentivos presentes na legislação brasileira para sua adoção. Na segunda, é apresentada uma proposta de interpretação da LAC no sentido de que a pessoa jurídica tem a possibilidade de excluir sua responsabilidade mediante comprovação de que seu agente pessoa física atuou de forma isolada, praticando ato lesivo que, embora tenha a beneficiado, não lhe pode ser imputado. Por fim, como de costume são apresentadas conclusões parciais.

4.1. Sobreposição de competências e segurança jurídica: propostas para o aperfeiçoamento e a coordenação entre os órgãos anticorrupção

A presente seção é destinada a analisar especificamente a questão da falta de coordenação entre os órgãos responsáveis pelo controle da corrupção. Nesse passo, será abordada primeiramente a crítica tecida à realidade brasileira pelo WGB/OCDE, bem como apresentados fatos que corroboram essa falta de coesão (Subseção 4.1.1). Posteriormente, será apresentada uma proposta para conferir maior coordenação na aplicação da LAC (Subseção 4.1.2).

4.1.1. As críticas ao sistema brasileiro de responsabilização administrativa da pessoa jurídica: falta de coordenação entre os órgãos

Uma das críticas relevantes do Relatório do WGB/OCDE constantes na Fase 3 do sistema de monitoramento é a falta de cooperação entre os órgãos de controle, notadamente no que concerne à atuação conjunta entre a Controladoria-Geral da União, principal responsável pela punição de pessoas jurídicas no plano federal, e o Ministério Público Federal, encarregado da responsabilização criminal. Essa crítica está notadamente constante na Recomendação 5, referente à investigação e persecução de casos envolvendo suborno estrangeiro⁶⁷².

Percebe-se, desse modo, uma preocupação bastante evidente do órgão, uma vez que a separação total, como ocorre com o modelo brasileiro, entre a persecução penal reservada às pessoas físicas e a responsabilização administrativa e civil destinada às pessoas jurídicas, não parece ser salutar. Isso porque, via de regra, o suborno praticado por uma empresa implicará também na responsabilização de pessoas físicas, uma vez que a empresa não é um ente que atua sem representantes. Uma grande vantagem da legislação brasileira, reconhecida pelo WGB/OCDE, é o não condicionamento da responsabilização corporativa à comprovação dos atos praticados por pessoas naturais. Inobstante essa independência seja bastante saudável, a maior parte dos casos acaba reunindo ambos os tipos de responsabilização. Desse modo, uma integração maior seria desejável⁶⁷³.

⁶⁷² OCDE, 2014, p. 70.

⁶⁷³ Consta no Item (a) da Recomendação 5: “Assegurar a cooperação entre os procuradores e a polícia, conforme necessário, para as investigações de suborno e concluir um memorando de entendimento entre a CGU e o

No mesmo sentido, o WGB sugere que seja criada “uma unidade nacional contra a corrupção”, envolvendo o MPF e polícias especializadas, bem como que sejam estimuladas a adoção de todas as técnicas de investigação legalmente disponíveis. Percebe-se, com efeito, uma necessidade de uma maior integração entre a CGU, o MPF e as polícias, que detém uma forte expertise relativa a técnicas de investigação⁶⁷⁴.

No *Follow Up* da Fase 3, o Brasil informou que a cooperação entre os órgãos vem aumentando, sendo formado protocolos de entendimento, de modo a conduzir conjuntamente as investigações. Para exemplificar essa cooperação, foram utilizados casos da “Operação Lava Jato”, maior operação anticorrupção em curso no país, nos quais houve a instrução de PARs, utilizando subsídios das investigações criminais. Do mesmo modo, informou que estão realizados diversos protocolos de cooperação entre a Polícia Federal e a CGU, a fim de otimizar as investigações⁶⁷⁵.

A realidade encontrada no cenário brasileiro aponta, todavia, para certa falta de coesão entre os órgãos. O Ministério Público Federal realizou acordos de leniência com empresas, embora não seja o órgão legalmente competente para tal fim. No entanto, esses acordos foram firmados sob a justificativa de que a competência para firmar acordos de colaboração premiada com pessoas físicas, no âmbito de persecuções penais (art. 4º e ss. da Lei nº 12.850/2013), abarcaria também a possibilidade de realizar acordos com pessoas jurídicas. Essa posição foi sedimentada na Nota Técnica nº 1/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (Combate à Corrupção) da Procuradoria-Geral da República.

No referido documento, há a defesa de que o MPF, por possuir competência subsidiária para propor as sanções da LAC, inclusive as administrativas (art. 20)⁶⁷⁶ e, ainda, competência concorrente para ações judiciais que visem à imposição de sanções civis previstas na mesma legislação (art. 19), teria também a competência para firmar acordos de leniência. De outra parte, a Nota Técnica em comento defende a necessidade de participação do *parquet* federal em

Ministério Público Federal (MPF), fornecendo uma estrutura detalhada para a cooperação entre as duas agências no contexto dos processos administrativos, processos judiciais/civis e processos criminais, incluindo informações sobre o início de processos contra pessoas físicas e jurídicas” (tradução própria de: “*Ensure cooperation between the prosecutors and the police as necessary for Foreign bribery investigations and conclude an MOU between the CGU and the Federal Prosecution Service (FPS) providing a detailed framework for the enhanced cooperation between the two agencies in the context of the administrative proceedings, the judicial/civil proceedings and the criminal proceedings, including information on the initiation of proceedings against natural and legal persons*”). OCDE, 2014, p. 70.

⁶⁷⁴ OCDE, 2014, p. 71.

⁶⁷⁵ OCDE, 2017, p. 25-26.

⁶⁷⁶ “Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.”

todo o acordo de leniência, tendo em vista sua competência constitucional para promoção da ação penal pública⁶⁷⁷.

A Nota Técnica segue a linha da indissociabilidade entre a responsabilização penal das pessoas físicas e a responsabilização das pessoas jurídicas, de modo a defender a tese de que o MP esteja presente em todo acordo de leniência firmado. Isso seria importante, dentre outros fatores, para garantir a segurança jurídica às empresas que buscam colaboração, uma vez que elas não podem ficar à mercê da atuação de mais de um órgão estatal, o que comprometeria a efetividade dos acordos, pois as pessoas jurídicas deixariam de fazê-los, considerando o próprio cenário de instabilidade⁶⁷⁸.

O documento da PGR vai, ademais, no sentido de ser necessária uma cooperação entre o MPF e demais órgãos de persecução. Aceita, com efeito, a existência de uma multiplicidade de poderes sancionatórios, de diferentes naturezas, os quais, todavia, necessitam conversar, a fim de que possa ser estabelecido um diálogo interinstitucional que garanta a efetividade dos acordos de leniência e segurança para as empresas colaboradoras⁶⁷⁹.

Fato é que o MPF celebrou, no âmbito da “Operação Lava a Jato”, acordos de leniência com empresas, por meio da colaboração de diversos executivos. O mais famoso foi o acordo celebrado com a empreiteira Odebrecht SA, o qual teve como protagonista o então presidente da empresa Marcelo Odebrecht, além de outros executivos⁶⁸⁰. Por possuir implicados com foro privilegiado, o acordo foi homologado pelo STF no início de 2017. É importante registrar que a empresa pretendia a extinção de Ação de Improbidade Administrativa movida pela União,

⁶⁷⁷ “Como a própria LAC permite que uma das sanções judicialmente aplicáveis possa ser negociada no acordo de leniência, mister concluir que a Lei mesma reconhece, ainda que indiretamente em seu texto, que o instituto premial seja utilizado também pelo Ministério Público, colegitimado autônomo para tal sanção nos termos do art. 19 da LAC. Para além, imperioso ainda observar que, igualmente, a LAC, em seu art. 20, confere ao Ministério Público legitimidade exclusiva para, na via judicial, propugnar pela aplicação das sanções do seu art. 6º, no caso de omissão das autoridades administrativas competentes, o que reforça a interpretação idônea (sob o crivo da razoabilidade e proporcionalidade) de ser o Ministério Público também legitimado para firmar o acordo de leniência. O mesmo se aplica para afirmar a indispensabilidade da participação do Ministério Público em qualquer acordo, porque isto decorre do sistema da própria LAC, em reforço ao previsto no microsistema anticorrupção” (MPF. Nota Técnica 1/2017 – 5ª CCR. Brasília: 2017, p. 14. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em 12/12/2018).

⁶⁷⁸ “O Ministério Público, titular privativo da ação penal pública é operador qualificado e exclusivo da competência negocial no âmbito criminal, quando se trata do tipo de criminalidade organizada, preferencialmente investigada com a técnica da colaboração premiada, embasada no auxílio do próprio infrator, situação-regra em delitos de corrupção. Em suas repercussões civis, na condição de acordos coligados ou conexos, o Ministério Público deve lançar recurso da leniência, justificando a participação da pessoa jurídica nas tratativas de colaboração, conferindo segurança jurídica reforçada nos instrumentos negociais” (MPF. 2017, p. 18-19).

⁶⁷⁹ MPF, 2017, p. 20-21.

⁶⁸⁰ Notícia constante no *site* do MPF de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em 12/12/2018.

sob o argumento de que o acordo de colaboração firmado com o MPF haveria posto fim às pendências judiciais que a implicavam. Essa tese foi rechaçada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre/RS, o qual sedimentou entendimento de que a CGU seria o órgão legalmente competente para assinar acordos de leniência com pessoas jurídicas, sem prejuízo da participação de outros órgãos⁶⁸¹. Posteriormente, em 2018, a empresa acabou firmando acordo de leniência com a CGU, nos termos da Lei Anticorrupção⁶⁸².

É certo, portanto, que existe, no mínimo, uma zona de penumbra na legislação brasileira no que toca à responsabilização da pessoa jurídica. A LAC atribui essa competência à autoridade máxima do órgão ou entidade pública lesada, sendo que, no âmbito da União, a CGU foi elegida à entidade de maior protagonismo, uma vez que tem competência concorrente para instauração de PARs, além da possibilidade de avocação expedientes já existentes (art. 8º, § 2º, da LAC). Ademais, a esse órgão compete à instauração e processamento de PARs relativos à corrupção de autoridades estrangeiras (art. 9º), além da competência para firmar acordos de leniência que impliquem atos lesivos à União e à administração de outros países (art. 16, § 10). O MPF, todavia, invoca, como visto, sua competência com fundamento em sua função constitucional e, também, com lastro no fato de ser o único órgão competente para processar penalmente as pessoas físicas envolvidas. O Tribunal de Contas da União, de outra sorte, com fundamento na sua competência constitucional relativa à fiscalização dos poderes públicos e preservação do erário público, também entende que deve acompanhar todo o procedimento dos acordos de leniência. Sobre o assunto, tem-se a Instrução Normativa nº 74/2015 do TCU, que regulamenta o tema.

É evidente que a conduta estatal, considerada como um todo, deve respeitar à segurança jurídica⁶⁸³, notadamente no que diz respeito ao seu aspecto subjetivo (proteção da confiança⁶⁸⁴),

⁶⁸¹ BRASIL. TRF4. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000. Rel. Des. Vânia Hack de Almeida (23/08/2017). Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=490&key=4264e82e7593a945505621983dd0e723fd7d7ab53f505dd1b93deb3807ebaff&hash=b5433e4daab5cab7db01474494099a45>. Acesso em 12/12/2018.

⁶⁸² Informação constante no *site* da CGU: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>>. Acesso em 12/12/2018.

⁶⁸³ Na acepção bastante aprofundada de Humberto Ávila, segurança jurídica constitui-se em princípio basilar do Estado Democrático de Direito. De modo exageradamente resumido, trata-se de um princípio com ideais de concreção de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade aos cidadãos. Desse modo, é indispensável que os administrados conheçam, confiem e possam calcular as consequências jurídicas de seus atos de maneira prévia, podendo analisar racionalmente qual a melhor forma de se portar diante de determinada situação jurídica. Para um detalhamento, conferir a obra do autor: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, principalmente p. 154 e ss.

⁶⁸⁴ Na origem, o princípio da proteção da confiança teve por escopo a proteção da boa-fé e da confiança dos cidadãos que foram afetados por determinada norma com aparência de legalidade ou por uma situação fática que levava a deduzir que outro sujeito, diferente do destinatário da confiança, se comportava de acordo com o ordenamento. Desse modo, a faculdade que o poder público tem de anular seus próprios atos deve estar vinculada

uma vez que o administrado, ao realizar um acordo de leniência, tem a perspectiva de vê-lo cumprido. A própria Nota Técnica 01/2017, da PGR, caracteriza o acordo de leniência como um ato jurídico convencional, possuindo uma natureza dúplice: técnica especial para obtenção de provas e meio de defesa. Evidentemente que, como um ato voluntário, o qual constitui uma confissão qualificada, é indispensável que sejam concedidas garantias àquele que deseja cooperar.

Destaque-se que o primeiro acordo de leniência firmado sob o marco regulatório da Lei nº 12.846/2013 acabou se transformando em um insucesso, justamente devido à pluralidade de órgãos envolvidos. Trata-se do acordo negociado com a *SBM Offshore*. A CGU, conforme prevê a legislação, conduziu os trabalhos de forma proeminente, sendo as tratativas realizadas em conjunto com a AGU, o MPF e a Petrobras. Seria, diga-se de passagem, em tese, um modelo de sucesso, pois envolveria a CGU, os entes lesados (União e Petrobras) e MPF, titular das ações penais em face de pessoas físicas. Ocorre que o acordo acabou sendo rejeitado, notadamente devido à negativa do MPF, exteriorizada por meio da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria-Geral da República (Combate à Corrupção)⁶⁸⁵. Dentre os motivos para a rejeição foram apontados fatores como baixa contribuição probatória para elucidação de ilícitos, vantagens excessivas concedidas à colaboradora e quitação integral do dano⁶⁸⁶.

Esse contexto de multiplicidade regulatória pode vir a se tornar ainda mais complexo com a adoção da responsabilização penal da pessoa jurídica. Cumpre salientar, desse modo, que existem projetos em tramitação no parlamento com esse objetivo. Há o Projeto de Lei nº 1142/2007⁶⁸⁷, que cria a tipificação em legislação específica, e o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012⁶⁸⁸, que tramita no Senado Federal e tem o escopo de implementar uma reforma ampla do Código Penal, incluindo a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. A pluralidade de meios de punição não é um fato negativo em si. Todavia, a existência de uma gama de instituições com mesmo objetivo pode comprometer a eficácia do sistema como um todo,

não apenas à preservação dos direitos fundamentais dos particulares, mas também ao próprio exercício da boa-fé e da confiança (COUTO E SILVA, Almiro Regis do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do RS, v. 27, n. 57, 2003, p. 33-74).

⁶⁸⁵ SIMÃO; VIANA, 2017, p. 190 e ss.

⁶⁸⁶ BRASIL. MPF. Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42 e apensos. Rel. Mônica Nicida Garcia (01/09/2016). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/acordo_leniencia_smb.pdf>. Acesso em 15/12/2018.

⁶⁸⁷ Tramitação disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=352733>>. Acesso em 12/12/2018

⁶⁸⁸ Tramitação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 12/12/2018.

notadamente no que tange ao estímulo à realização de acordos de leniência, muito importantes na matéria em estudo. A tramitação desses projetos de lei não fugiu aos olhos do WGB/OCDE, o qual sugeriu ao país que, caso houvesse sua conversão em lei, fossem respeitadas as disposições do Anexo I, Item B, da Recomendação de 2009, relativo aos critérios de imputação (estudado na Subseção 3.1.3). O Brasil respondeu afirmando se tratar de meros projetos de lei, que não deveriam ser objeto de análise pelo monitoramento, tendo em vista que não existe indicativos concretos de que será convertido em norma jurídica⁶⁸⁹.

Cumprir registrar que criar um mecanismo de responsabilização penal da pessoa jurídica implicaria em uma atuação bastante diluída nesse campo. Isso porque o Ministério Público é formado por agentes dotados de independência funcional (art. 127, § 1º, da Constituição Federal), de modo que a manutenção de uma coesão geral na atuação é algo complicado de obter. Ademais, os membros do MP, especialmente estaduais, teriam que atuar com a matéria, a qual não é sua expertise, diferentemente do que ocorre com os grupos destacados pela CGU, ou por instituições correlatas em nível estadual, especificamente para a matéria em comento.

Demais disso, a responsabilização penal encontra óbices bastante elevados dentro da tradição jurídica brasileira, o que pareceu, ao menos em parte, superado pela adoção da responsabilização administrativa. O acolhimento de um sistema de responsabilização penal, ao lado da administrativa, pode criar uma série de inconvenientes, como, por exemplo, uma absolvição na esfera penal combinada com uma condenação administrativa.

A fórmula atual, portanto, parece ser a mais vantajosa do ponto de vista regulatório. Pode-se utilizar a defesa da concorrência como parâmetro, pois, nesse campo, o CADE cuida da responsabilização administrativa corporativa, sem prejuízo da responsabilização criminal das pessoas físicas. Não se pode olvidar, ainda, que as sanções a que estariam sujeitas as pessoas jurídicas seriam semelhantes às de índole administrativa e civil, constantes na LAC, de modo que a existência da responsabilização criminal apenas alteraria a natureza jurídica, mas não as consequências da punição⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ OCDE, 2017, p. 14.

⁶⁹⁰ Importante registrar a posição de Carla Veríssimo, que entende que o mero fato de uma punição ter natureza criminal implica maior reprovabilidade da conduta ilícita: “Entre o direito administrativo e o penal, contudo, a pena criminal é a solução mais eficiente do que a multa administrativa, em termos de prevenção geral. Impor sanções administrativas para a prática de crimes é inconsistente e contraproducente. Além disso, a estigmatização trazida pela condenação criminal de uma empresa reflete mais adequadamente o papel social que as corporações desempenham: a responsabilidade penal é um indicativo da posição que os sujeitos ocupam na sociedade” (VERÍSSIMO, 2017, p. 347).

Nesse contexto, a responsabilização criminal da pessoa jurídica apenas aprofundaria o cenário conturbado relativo às competências para a responsabilização corporativa no Brasil. Desse modo, não se vê motivos para sua adoção.

Outro fator importante de ser salientado é a natural dispersão de autoridades com poder de punição que a Lei nº 12.846/2013 prevê. Consoante já estudado, a entidade lesada, seja em nível municipal, estadual ou federal tem o poder de instaurar comissões para a instrução de PARs, os quais serão submetidos à autoridade máxima dos órgãos para fins de julgamento. Esse regime está em plena consonância com o de responsabilização de servidores, previsto, no âmbito federal, na Lei nº 8.112/1990 (art. 143 e ss.), e com o de punição de empresas que descumpram normas de licitações e contratos (arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993)⁶⁹¹.

Adotando-se o modelo praticado pela CGU, tem-se que, mesmo em seu interior, existe uma forte tendência de falta de coesão na instrução dos PARs. Isso porque, as comissões são formadas por servidores diferentes, sendo indicados *ad hoc* para cada processo. Não é possível, desse modo, formar uma jurisprudência administrativa consolidada que permita uma evolução na interpretação da Lei nº 12.846/2013. Embora o chefe do órgão seja a pessoa competente para esse julgamento, o relatório que o embasa é fruto dos trabalhos das comissões. A fixação de precedentes traria uma maior segurança aos administrados, os quais passariam a ter previsibilidade acerca do desfecho de seus processos. Situação diferente é a que ocorre no âmbito do CADE ou do próprio TCU, que se comportam como cortes especializadas, embora não integrem o poder judiciário, permitindo a formação de precedentes e o aperfeiçoamento regulatório.

Outro ponto a ser destacado, conforme ressalva Luciano Vaz Ferreira, é o fato de a CGU não ser um órgão necessariamente destinado ao combate à corrupção. Seu papel é bastante amplo, tendo a função de atuar como órgão de controle interno do poder executivo federal, sendo a condução dos PARs e acordos de leniência com fundamento na LAC apenas partes de suas atribuições. Noutra giro, não se pode ignorar que seus servidores, inobstante ingressem por concurso público, gozem de estabilidade e sejam extremamente capacitados, não possuem a independência funcional de membros do MP ou do judiciário. O próprio dirigente máximo do órgão, atualmente o Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, é nomeado livremente pelo presidente da república e demissível *ad nutum*⁶⁹².

⁶⁹¹ Conforme já referido, a CGU, responsável pela elaboração ao anteprojeto que deu origem à Lei nº 12.846/2013, tinha expertise nesses dois assuntos, o que pode ter colaborado para a sua incorporação na LAC.

⁶⁹² FERREIRA, 2015, p. 204.

A CGU, ao regulamentar a matéria, tenta conferir maior independência e imparcialidade às comissões responsáveis pelos PARs, conferindo-lhes essas garantias (art. 11 da Portaria 910/2015 da CGU). Registre-se que a comissão deverá elaborar um relatório final, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas e o valor da multa, sendo, posteriormente, o processo encaminhado ao chefe do órgão para fins de julgamento e aplicação das sanções (arts. 17 e 18). Ademais, a comissão tem o poder de sugerir as sanções civis previstas na Lei nº 12.846/2013, encaminhando expediente à Advocacia-Geral da União ou ao Ministério Público Federal, a fim de que sejam propostas ações civis de responsabilização para imposição das penas relacionadas no art. 19 da LAC⁶⁹³.

Em resumo, a estratégia de regulação adotada pelo ordenamento brasileiro para responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção se diferencia bastante em relação aos demais modelos encontrados no globo, notadamente dentre os países signatários da Convenção da OCDE. Esse modelo é positivo em diversos aspectos, pois concentra as atividades no âmbito administrativo, permite uma responsabilização objetiva, prevê a elaboração de acordos de leniência, é bastante ágil e, do ponto de vista da efetividade, vem se demonstrando adequado, conforme os números fornecidos pela CGU (considerando o pouco tempo de vigência da nova legislação). No entanto, existem três principais obstáculos encontrados que podem ser assim elencados: 1) a falta de cooperação entre autoridades responsáveis pela aplicação da responsabilidade corporativa administrativa e pela persecução penal a pessoas físicas por crimes relacionados aos mesmos fatos; 2) a confusão entre as agências anticorrupção (embora, no âmbito federal, legalmente o órgão protagonista seja a CGU, MPF e TCU têm reivindicado papéis de destaque com fundamentos constitucionais); e, 3) o modelo não prevê formas de estabilização das decisões em um órgão único, não permitindo a formação de precedentes estáveis aptos a gerar segurança jurídica.

É interessante, dentro desse contexto, utilizar alguns dados coletados por profissionais da ciência política que explicitam esse cenário aqui traçado. Ana Luiz Aranha e Fernando

⁶⁹³ “Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos”.

Filgueiras realizaram estudo de campo bastante detalhado, promovendo entrevistas com agentes públicos vinculados a agências de *accountability*, dentre as quais CGU, MPF e TCU, questionando sobre a existência de cooperação ou competição entre os órgãos. A conclusão a que essa pesquisa chegou, infelizmente, apontou que os próprios servidores desses órgãos veem de forma muito mais evidente a existência de um cenário competitivo, o que é danoso para o ecossistema de controle existente no país⁶⁹⁴.

4.1.2. Construindo um modelo coeso de responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção

Do exposto na Subseção 4.1.1, pode-se extrair a necessidade de um aperfeiçoamento institucional capaz de permitir uma maior coesão do sistema. O próprio relatório do WGB/OCDE da Fase 3 afirmou ser necessária uma maior cooperação entre as autoridades brasileiras, a fim de evitar disparidades na aplicação da responsabilização. O Brasil chegou a apresentar um protocolo de entendimento entre a CGU e o MPF, demonstrando que as duas agências estão procurando adotar uma agenda coordenada para lutar contra a corrupção⁶⁹⁵.

Essa questão, todavia, parece que seria melhor superada caso houvesse uma proposta legislativa capaz de balizar, sob um prisma mais efetivo, essa necessidade de cooperação. Urge ressaltar, conforme já sugeriu Luciano Vaz Ferreira, que as atividades da CGU são demasiadamente abrangentes, de modo que seria possível pensar em um eventual desdobramento do órgão, criando-se uma instituição autônoma com o objetivo de cuidar apenas de casos de corrupção envolvendo pessoas jurídicas, separando esse viés regulatório das atividades de controle interno. O autor sugere como nome “Comissão Nacional Anticorrupção”, a qual “deveria ganhar maior independência dentro da estrutura estatal para exercer seu mandato”⁶⁹⁶.

Nessa perspectiva, um órgão que pode servir de modelo ao rascunho institucional que se propõe é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Esse ente constituiu-se em uma autarquia federal, cujos principais integrantes possuem mandatos estáveis, o que

⁶⁹⁴ ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos da ENAP (Escola Nacional de Administração Pública)*. Brasília: ENAP, vol. 40, 2016, principalmente p. 34 e ss. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2561>>. Acesso em 15/12/2018.

⁶⁹⁵ OCDE, 2017, p. 25-26.

⁶⁹⁶ FERREIRA, 2017, p. 212.

confere maior autonomia ao órgão. Registre-se que, no sistema de defesa da concorrência, existe tanto a responsabilização corporativa administrativa (Lei nº 12.529/2011), quanto persecução penal, a qual está principalmente prevista nos arts. 4º a 7º da Lei nº 8.137/1990, de forma semelhante ao objeto do presente estudo.

O CADE é formado por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal é composto por um presidente e seis conselheiros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, para mandatos de quatro anos, sendo vedada a recondução (art. 6º da Lei nº 12.529/2011). A natureza jurídica do órgão é de um típico tribunal administrativo, o qual adota suas decisões de forma técnica, ficando elas evidentemente sujeitas ao escrutínio do judiciário. Cumpre salientar, todavia, que a existência de mandatos fixos confere garantias de independência e imparcialidade aos seus membros.

O Superintendente-Geral também deve ser nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, obedecendo aos mesmos requisitos dos conselheiros. Seu mandato é de dois anos, sendo possível uma recondução. Há, ademais, dois superintendentes-gerais adjuntos, os quais são escolhidos pelo titular. Dentro desse órgão, destaca-se o fato de ser o responsável pela instrução dos processos administrativos que visam a responsabilizar empresas por atos lesivos à livre concorrência (art. 13, V, da Lei nº 12.529/2011). Em apertada síntese, após a instrução do processo, caso haja provas, ele será submetido ao Tribunal Administrativo que efetuará o julgamento.

O Departamento de Assuntos Econômicos é o órgão voltado a elaborar pareceres e estudos econômicos, com o escopo de auxiliar nas atividades do CADE, promovendo um acompanhamento da situação do país. É dirigido por um Economista-Chefe, o qual é nomeado conjuntamente pelo Presidente do Tribunal Administrativo e pelo Superintendente-Geral (art. 17 da Lei nº 12.529/2011).

Ademais, existe uma Procuradoria Jurídica especializada (a Procuradoria Federal junto ao CADE), a qual tem a função de representar o órgão judicial e extrajudicialmente, prestar assessoramento jurídico e promover execução judiciais das decisões, dentre outras. O Procurador-Chefe também goza da estabilidade no cargo por dois anos, sendo uma recondução possível, devendo ser nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (arts. 15 e 16 da Lei nº 12.529/2011).

Por fim, é importante mencionar que o Ministério Público Federal deverá indicar um de seus membros para representá-lo junto ao CADE, emitindo pareceres nos processos administrativos para imposição de sanção por infrações cometidas em face da ordem econômica (art. 20 da Lei nº 12.529/2011). A presença do MPF junto ao órgão é de extrema importância, pois confere um maior peso às decisões tomadas pelo órgão.

Os acordos de leniência são previstos na própria Lei nº 12.529/2011, estando eles presentes na realidade do CADE desde a edição da Lei nº 10.149/2000. Nesse contexto, a legislação permite esses acordos, com o benefício de redução da multa de 1 a 2/3, desde que haja colaboração efetiva para obtenção de provas ou identificação de outros envolvidos na infração (art. 86). Ademais, existe uma previsão expressa no sentido de que os crimes correlatos à infração administrativa deverão ter sua punibilidade extinta no caso de cumprimento integral do acordo de leniência (art. 87, parágrafo único), de modo que há uma vinculação do Ministério Público aos termos do acordo, fato esse que gera segurança jurídica ao colaborador.

Dentro do exposto, tem-se que a criação de um órgão dentro do modelo do CADE, seria bastante salutar para a responsabilização da pessoa jurídica por atos de corrupção. Isso porque os principais obstáculos hoje enfrentados na concretização da Lei nº 12.846/2013 estariam superados. Veja-se que a criação de um tribunal administrativo com membros estáveis, contando com assento para o Ministério Público, permitiria a condução dos processos de responsabilização de forma bastante efetiva. Noutro passo, afastar-se-iam os principais entraves, como a existência de comissões diversas, o que não permite a construção de uma jurisprudência administrativa estável⁶⁹⁷, além da falta de cooperação entre as agências de controle, notadamente CGU e MPF.

Esse órgão poderia ser vinculado à própria CGU, tal como o CADE é vinculado ao Ministério da Justiça. Os acordos de leniência e investigações poderiam continuar sendo conduzidos por membros da CGU e AGU, mantendo-se o modelo atual de formação de comissões, havendo uma espécie de superintendência competente para firmar definitivamente o acordo, em conjunto com o MPF, titular da ação penal, ou emitir relatório responsabilizando determinada pessoa jurídica⁶⁹⁸. Todavia, posteriormente o expediente seria encaminhado ao

⁶⁹⁷ Conforme exposto no Capítulo 1 (seção 1.2.1), adota-se a premissa de que a norma é o produto da interpretação do texto normativo, de modo que a aplicação do direito necessita de uma evolução interpretativa a fim de garantir segurança jurídica.

⁶⁹⁸ No modelo vigente, o julgamento compete ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União. Esse mesmo ator assina conjuntamente com o Advogado-Geral da União e, se for o caso, o representante do MPF, de forma definitiva os acordos de leniência.

tribunal administrativo para fins de julgamento. Esse mecanismo criaria um órgão dotado de expertise, independência e imparcialidade na condução de expedientes administrativos para responsabilização de pessoas jurídicas. Ademais, poder-se-ia pensar na adoção de um dispositivo semelhante ao art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011, impondo consequências jurídicas na seara penal para o caso de cumprimento integral do acordo de leniência. Evidentemente não se estaria diante da necessária extinção da punibilidade, mas poderiam ser estabelecidas condições benéficas prévias aos réus de crimes correlatos ao acordo de leniência firmados pela pessoa jurídica, caso tenham dele participado.

O TCU, assim como o Judiciário, ficaria fora da estrutura. Como já dito, é possível que as decisões tomadas pelo CADE sejam revistas judicialmente. No caso da responsabilização administrativa por atos de corrupção, demais disso, tem-se uma atuação bastante proeminente das Cortes de Contas, haja vista que, em grande parte dos casos, a corrupção envolve prejuízos à administração, o que atrai a competência constitucional fiscalizatória do controle externo. Nesse passo, eventuais processos de responsabilização ou acordos de leniência poderão ser revistos pelo TCU. No entanto, frente a uma estrutura sólida como essa, a tendência é que a revisão seja acentuadamente pequena, notadamente se considerada a garantia de independência dos membros de um eventual tribunal administrativo.

É importante registrar que, para a implementação do modelo aqui apresentado, são necessárias pequenas mudanças legislativas. Isso porque, para a criação de um tribunal administrativo, semelhante ao do sistema de defesa da concorrência, seria imprescindível a criação dos cargos estáveis dos membros da corte, com mandato fixo, além da necessidade de aprovação pelo Senado Federal, o que gera independência do órgão em relação ao poder executivo, como ocorre, por exemplo, nas agências reguladoras. Além disso, é importante que seja indicado um membro do MPF para officiar perante o órgão como ocorre no CADE. Registre-se, contudo, que a maior parte da Lei nº 12.846/2013 não precisaria ser alterada, notadamente no que tange à tipificação dos atos lesivos. De outra parte, esse modelo é apresentado para a União, sem prejuízo de situações análogas serem adotadas pelos estados federados.

Em outra perspectiva, uma proposta menos audaciosa pode ser apresentada, considerando o cenário jurídico brasileiro. Medida simples e passível de ser adotada em solo pátrio é aquela que já constava na MP 703/2015, que acabou perdendo vigência sem que tivesse sua análise concluída pelo Congresso Nacional. Em síntese, a ideia nela contida era no sentido de que as autoridades que participaram da mesa de negociações estariam vinculadas ao acordo.

Desse modo, caso o Ministério Público participasse da celebração da leniência, estaria vinculado à avença da mesma forma que entes federativos envolvidos⁶⁹⁹. Há que se considerar, evidentemente, que, no cenário jurídico atual, não existe vedação à participação do *parquet* nos acordos de leniência celebrados pela CGU. Contudo, é indiscutível que uma norma expressamente declarando essa situação traria um grau maior de segurança jurídica, como, aliás, já foi tentado anteriormente.

Importante mencionar que, nas “Novas Medidas contra a Corrupção”, apresentadas pela Transparência Internacional em conjunto com a FGV, consta a proposta de concentração da competência para celebração de acordos de leniência com o MPF. Trata-se da proposta 50 e deveria acontecer quando ocorrem três situações: 1) houver envolvimento de agentes políticos; 2) houver vinculação probatória do acordo com acordos de delação premiada; e, 3) forem praticados atos lesivos em face da administração estrangeira. Essas hipóteses elencadas, conforme já visto, irão abarcar a maior parte dos casos de responsabilização da pessoa jurídica. A ideia da proposta parte da premissa de que seria necessário o estabelecimento de uma maior segurança jurídica como incentivo à realização de acordos de leniência por parte das empresas dispostas a colaborar⁷⁰⁰.

No entanto, essa concentração de poderes no âmbito do MPF parece ser contraproducente. Primeiramente, irá sobrecarregar o órgão, que tem por missão precípua o ajuizamento de ações penais, afastando a CGU, que possui uma expertise bastante consolidada nos campos da controladoria e auditoria externa, do processo. De outra parte, conforme já exposto, a independência funcional é da essência do Ministério Público, de modo que um acordo que vincule todos os procuradores parece ir na contramão desse postulado básico. Dentro da lógica empresarial, que preza pela segurança jurídica, esse cenário não parece o mais animador. Importante registrar, ademais, que a concentração exacerbada de poder nas mãos do mesmo órgão não é, do ponto de vista do Estado de Direito, recomendável. Um interessante conceito que procura explicar essa lógica é o *accountability* horizontal, lançado pelo cientista político argentino Guillermo O’Donell. Essa concepção parte da premissa de que as democracias mais desenvolvidas contam com um amplo meio de controle e autocontenção entre

⁶⁹⁹ É o que se depreende dos §§ 11 e 12 que haviam sido incluídos no art. 16 da LAC. Veja-se:

§ 11. O acordo de leniência celebrado com a participação das respectivas Advocacias Públicas impede que os entes celebrantes ajuizem ou prossigam com as ações de que tratam o art. 19 desta Lei e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

§ 12. O acordo de leniência celebrado com a participação da Advocacia Pública e em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou o prosseguimento da ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no § 11.

⁷⁰⁰ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL/FGV, 2018, p. 450-464.

várias instituições, de modo a evitar a concentração de poder em determinado órgão estatal, permitindo um maior controle social⁷⁰¹. Nessa perspectiva, uma cooperação entre os órgãos, com a negociação dos acordos de leniência em conjunto com delações premiadas, com a participação de CGU e MPF parece ser mais adequado.

4.2. *Compliance*, autorregulação e segurança jurídica

A presente seção é destinada a analisar a suficiência dos incentivos presentes na legislação brasileira para constituição de mecanismos de *compliance* pelas pessoas jurídicas. Desse modo, na Subseção 4.2.1 serão apresentadas as principais características dos programas de integridade, conforme exigências normativas brasileiras, e os incentivos existentes na LAC para sua adoção. Já na Subseção 4.2.2 será proposta uma interpretação adequada da legislação no sentido de que é possível excluir a responsabilidade da pessoa jurídica caso ela logre êxito em comprovar a efetividade de seu sistema de *compliance*, bem como que a pessoa física praticante do ato lesivo agiu de forma solitária.

4.2.1. Programas de *compliance*: características e incentivos à sua adoção presentes na Lei Anticorrupção brasileira

A realidade contemporânea, bastante complexa, impõe que os entes privados passem a atuar no combate à corrupção, conferindo um papel de maior supervisão às entidades estatais. Cria-se, assim, uma espécie de autorregulação regulada, na qual o Estado cede à iniciativa privada certo poder regulador, reservando-se ao seu monitoramento⁷⁰². Esse contexto deve-se à estruturação de grandes empresas de uma forma bastante difusa, contando com diversos centros decisórios dentro de uma cadeia de comando, que pode chegar a ser transversal a depender do tamanho da companhia. Assim, a adoção de mecanismos de *compliance* parece ser uma imposição do mundo empresarial.

⁷⁰¹ O'DONNELL, Guilherme. *Accountability Horizontal e Novas Poliarquias*. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC, n. 44, 1998, p. 27-44.

⁷⁰² SCHMITD. Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32-40.

Não se pode ignorar, contudo, que empresas pequenas e de médio porte não têm condições de ter um sistema amplo de *compliance* independente. Por essa razão, no Brasil, adotou-se um modelo simplificado, o qual está inserido na Portaria Conjunta nº 2279/2015, da CGU e do Ministério das Micro e Pequenas Empresas, a qual preceitua que essas pessoas jurídicas poderão adotar parâmetros descomplicados, “por meio de medidas de integridade mais simples, com menor rigor formal, que demonstrem o comprometimento com a ética e a integridade na condução de suas atividades” (art. 1º, § 2º).

Realidade diferente é a encontrada nas grandes corporações, que são grandes *players* do mercado. É com essas empresas que vêm sendo firmados os acordos de leniência, conforme já referido na Subseção 3.1.2. Dentro dessa perspectiva, nas grandes organizações, é necessária uma estrutura de *compliance* que atenda a requisitos mínimos de independência dentro da sua teia de governança corporativa. A OCDE possui um Guia para Empresas Multinacionais, o qual indica *guidelines* para o combate ao suborno. Encontra-se, nesse documento, evidentemente, a proibição de corrupção de agentes públicos, respeitando a legislação de cada país. Noutro passo, existe o aconselhamento de que a remuneração dos empregados siga um modelo transparente, que permita apenas o pagamento por serviços legítimos⁷⁰³. Esse tema é de extrema importância, pois a forma de remuneração dos funcionários da empresa, especialmente aqueles voltados ao setor comercial, pode servir como um incentivo à prática de atos de corrupção. Por exemplo, pode ocorrer em situações nas quais haja um bônus ou comissão por contrato firmado, de modo que o agente privado ofereça vantagem indevida à autoridade pública com o escopo de aumentar seus vencimentos.

Outro tema relevante é a obrigação de as empresas manterem uma cultura de transparência em suas atividades, divulgando seus sistemas internos de controle de corrupção, bem como desenvolvendo uma cultura cooperativa com o poder público. É importante, de outra parte, oferecer treinamento a seus funcionários e procedimentos disciplinares, a fim de criar uma cultura interna voltada à eticidade nas atividades. Essas práticas devem estar pautadas por sistemas de controle que permitam um gerenciamento de situações de risco. Por fim, há a orientação de que não sejam realizadas contribuições ilegais a políticos⁷⁰⁴. Essa última prática

⁷⁰³ “2. Assegurar que a remuneração dos agentes é adequada apenas para serviços legítimos. Quando for relevante, uma lista de empregados que participam de transações com órgãos públicos e empresas estatais deve ser mantida disponibilizado às autoridades competentes” (Tradução própria de: 2. *Ensure that remuneration of agents is appropriate and for legitimate services only. Where relevant, a list of agents employed in connection with transactions with public bodies and state-owned enterprises should be kept and made available to competent authorities*). OCDE. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: 2008, p. 21. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf>>. Acesso em 15/12/2018.

⁷⁰⁴ OCDE, 2008, p. 21.

demonstrou ser um dos maiores problemas no Brasil, tendo vindo à tona um cenário bastante desanimador com as informações coletadas pela “Operação Lava Jato”.

Outra importante fonte de parâmetros de *compliance* é encontrada na ISO 370001, a qual é responsável por detalhar sistemas de administração anticorrupção corporativa. Esse instrumento procura ressaltar a importância do desenho organizacional da corporação, fazendo com a estrutura de governança corporativa seja bem distribuída em centros decisórios que se auto fiscalizem, além de ter normas regulatórias que especifiquem as obrigações e deveres de cada funcionário, especialmente aqueles competentes para interações com o poder público. Trata-se de um gerenciamento de risco antissuborno⁷⁰⁵. Registre-se que os acordos de leniência firmados pela CGU, em parceria com a AGU, têm previsto a adoção da ISO 370001 como parâmetro de integridade, como ocorreu, por exemplo, na avença assinada com o Grupo Odebrecht⁷⁰⁶. No Brasil, conforme já referido, o *compliance*, também chamado de Programa de Integridade, está previsto na LAC como critério de atenuação da pena (art. 7º, VIII). O Decreto nº 8.420/2015 traz contornos mais tangíveis sobre esse conceito:

programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 41).

A mera existência de um programa, de outra parte, não serve como fator atenuante da pena, devendo ele ser analisado e estar em conformidade com os preceitos trazidos pela autoridade pública. Dessa forma, o decreto regulamentador traz, em seu art. 42, uma série de requisitos a serem avaliados. Pode-se destacar dentre eles, a efetiva existência do programa, sendo aplicadas penalidades aos funcionários que praticam irregularidades e informado às autoridades quando ocorre a prática de ato ilícito, a existência de mecanismos que assegurem a pronta interrupção da atividade irregular, independência dos funcionários encarregados de gerir o programa de integridade e os controles internos, manutenção de registros contábeis confiáveis, contratação de auditoria externa, dentre outros.

No âmbito da administração federal, os programas deverão ser apresentados para avaliação pela Controladoria-Geral da União, conforme regulamentado pela Portaria nº

⁷⁰⁵ ISO. ISO 370001. Genebra: 2016.

⁷⁰⁶ Nota à imprensa divulgada pela CGU e pela AGU por ocasião da lavratura do acordo de leniência. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/07/acordo-de-leniencia-com-a-odebrecht-preve-ressarcimento-de-2-7-bilhoes>>. Acesso em 15/12/2018.

909/2015. Assim, a empresa interessada deverá apresentar um relatório de conformidade do programa com os parâmetros brasileiros, informando dados referentes à sua estrutura organizacional, a setores de mercado em que atua e a relações estabelecidas com a Administração Pública (art. 3º). Ademais, deverá informar a estrutura do programa de integridade, demonstrando o seu funcionamento perante as suas rotinas de trabalho, além de comprovar sua atuação na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração em procedimento próprio (art. 4º). Como meio de prova das alegações, a empresa pode se valer de “documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos” (art. 4º, § 2º). Registre-se que, com a assinatura do acordo de leniência, o programa de *compliance* passa a ser monitorado por técnicos da CGU.

Os incentivos à adoção de mecanismos de *compliance* presentes na Lei Anticorrupção brasileira constituem-se basicamente na utilização do programa como fator de atenuação da multa imposta à empresa ré e na obrigação de adotar programas de integridade após a assinatura de acordos de leniência. Veja-se que essa obrigatoriedade chegou a ser inserida na própria Lei nº 12.846/2013 por meio da Medida Provisória nº 703/2016, a qual acabou perdendo vigência sem aprovação pelo congresso. Atualmente, ela está presente apenas no Decreto nº 8.420/2015 (art. 37, IV).

Em sua tese de doutorado, Carla Veríssimo conclui que esses mecanismos são insuficientes por duas razões: 1) baixa probabilidade na aplicação da lei, responsabilizando efetivamente a empresa; e, 2) o efeito mitigador da multa ser muito pequeno⁷⁰⁷. O primeiro motivo parece não comprovado empiricamente, pois, conforme já se verificou na Subseção 3.1.3, o número de empresas já responsabilizadas é bastante expressivo⁷⁰⁸, ainda mais se considerado o pequeno tempo de vigência da norma em comento. O segundo motivo, de outra parte, é bastante perceptível, uma vez que a mera atenuação da multa imposta não se demonstra suficiente para incentivar uma nova cultura empresarial.

⁷⁰⁷ VERÍSSIMO, 2017, principalmente p. 201 e ss.

⁷⁰⁸ É importante registrar que a tese apresentada por Carla Veríssimo foi defendida em 2016, pouco tempo após a regulamentação da legislação pelo Decreto nº 8.420/2015. Desde então, a estruturação da CGU vem demonstrando um expressivo aumento no número de procedimentos em face de pessoas jurídicas, bem como um incremento de acordos de leniência firmados. Conforme exposto, 392 PARs já foram instaurados, sendo que 41 sanções estão vigentes atualmente.

No cenário traçado, há que ser separadas duas situações. Primeiramente, tem-se a empresa que realiza acordo de leniência, assumindo sua culpa por um ato lesivo já praticado. Essa deverá adotar o programa de integridade e ser monitorada por técnicos da CGU como condição para assinatura da avença. Noutra direção, tem-se as empresas que, em tese, não praticaram atos lesivos, ou não estão sendo investigadas, mas que precisam ser igualmente incentivadas a adotar uma ética de mercado voltada à integridade. Nesses casos, parece que mitigar eventual pena pecuniária a ser imposta não se demonstra satisfatório.

A redução da multa, conforme previsão do Decreto nº 8.420/2015, é de 1% a 4% do percentual aplicado sobre o faturamento anual da empresa, que pode chegar à 20% (art. 18, V). Por meio de exemplos hipotéticos, Carla Veríssimo demonstra com bastante acuidade que os custos da manutenção de um programa de *compliance* não chegam a superar, de forma expressiva, a vantagem pecuniária consistente na diminuição do valor da multa⁷⁰⁹.

Há que se rememorar, com efeito, que o modelo de imputação adotado pela legislação brasileira é uma responsabilidade objetiva, semelhante à tradicional *vicarious liability*, se expressando quase que como uma imputação automática do ilícito à pessoa jurídica (Subseção 3.1.3). Nesse sentido, no próximo tópico será estudada a hipótese de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica, caso logre êxito em comprovar a efetividade de seu sistema em prevenir atos lesivos.

4.2.2. Exclusão de responsabilidade por mecanismos eficientes de *compliance*: ordens jurídicas transnacionais e segurança jurídica

No tópico anterior foram traçadas as premissas referentes ao incentivo à adoção de mecanismos de *compliance* pela legislação brasileira. Nesse sentido, tem-se que a responsabilidade objetiva, nos termos trazidos pela LAC, acaba criando uma imputação quase automática à pessoa jurídica, a qual, em uma interpretação literal, não pode ser quebrada pela comprovação da efetividade dos mecanismos de *compliance*. Aliando-se a isso o fato de a atenuação na pena pecuniária não ser em uma monta considerável, conclui-se que os mecanismos de incentivo não são suficientes para que as empresas passem adotar programas

⁷⁰⁹ VERÍSSIMO, 2017, p. 243 e ss.

de integridade, especialmente de forma prévia à negociação de acordos de leniência ou à instauração de PARs.

Para o WGB/OCDE, o papel dos programas de integridade deve ser justamente esse, constituir-se em um atenuante, não podendo servir como um fator excludente de responsabilidade. No próprio relatório da Fase 3, consta a recomendação expressa de que a existência de mecanismos de *compliance* não pode obstar a responsabilização da pessoa jurídica⁷¹⁰. A preocupação do órgão de monitoramento parece ser evitar a utilização do instituto como uma excludente *per se* de responsabilidade. Ou seja, a alegação de existência e efetividade do sistema não pode obstar a aplicação da penalidade.

No entanto, essa perspectiva não pode ser transportada de forma açodada para o ordenamento pátrio. O ponto específico em análise constitui objeto de estudo bastante interessante do fenômeno da recursividade. Veja-se que o aconselhamento da OCDE é no sentido de que o decreto regulamentador da LAC (que não havia ainda sido editado na época do relatório) marque posição no sentido de que a existência de programas de integridade serve apenas como fator atenuante das penas. Essa recomendação foi plenamente atendida pelo país, sendo informadas as medidas pertinentes no *Follow Up* de 2017⁷¹¹. De fato, o Decreto nº 8.420/2015 é bastante claro no sentido de que os programas de *compliance* servem apenas como mecanismo de mitigação da multa, subtraindo até 4% do percentual a ser aplicado sobre o faturamento (art. 18).

Ocorre que, em uma interpretação mais adequada, a própria responsabilidade da empresa pode ser excluída caso reste claro que o ato lesivo foi praticado por pessoa física que agiu por conta própria, embora tenha beneficiado a empresa. Veja-se que esse cenário é praticamente descartado pela legislação brasileira. No entanto, a interpretação correta parece ser justamente nesse sentido, de modo que, caso a empresa comprove que a atuação da pessoa física ocorreu de forma isolada (mesmo que praticada por agente a ela vinculado, dentro de seu plexo de atribuições e em benefício dela), deverá ser afastada a sua responsabilidade corporativa.

⁷¹⁰ “Adotar as medidas necessárias para garantir que o decreto de implementação da LAC, a ser emitida pelo Poder Executivo Federal: (i) esclareça que controles internos e programas de integridade previstos no artigo 7º, VIII, só podem ser tomados em consideração como fatores mitigantes e não podem ser usados como uma defesa completa da responsabilidade empresarial” (tradução própria de: “*Take the necessary steps to ensure that the Decree implementing the CLL, to be issued by the Federal Executive Branch (i) clarifies that internal controls and compliance programs provided under article 7.VIII can only be taken into account as mitigating factors and cannot be used as a complete defence from liability by companies*”). OCDE, 2014, p. 70.

⁷¹¹ OCDE, 2017, p. 18.

Imagine-se a seguinte situação. Determinada empreiteira que atua no ramo da construção pesada firma contrato, com o governo federal, para a construção de uma ponte em uma rodovia. Para vencer a licitação, o seu diretor comercial oferece suborno ao agente governamental responsável pela contratação e combina os preços com os diretores das demais empresas possivelmente concorrentes. Sua motivação para atuar dessa forma é ganhar uma comissão pelo contrato e aumentar expressivamente seus bônus anuais, de modo que pagará a propina do próprio bolso, sendo posteriormente beneficiado pelo incremento remuneratório. O fato é posteriormente descoberto. A pergunta é: a pessoa jurídica deve ser responsabilizada? Em uma leitura literal da legislação, a resposta parece ser assertiva. Isso porque foi um ato praticado por agente da empresa e em seu benefício, pois ela obteve lucro com o contrato firmado.

No entanto, uma leitura mais apurada da situação deve conduzir à uma solução diversa. Conforme afirma Luciano Vaz Ferreira, embora em um primeiro momento a responsabilidade objetiva das empresas possa parecer injusta, essa ferramenta acaba se tornando um potente incentivo para adoção de mecanismos de *compliance*⁷¹². Todavia, há que se ter em mente que uma responsabilização automática da pessoa jurídica também não serve como incentivo adequado, uma vez que, diante de uma imperfeição de seu programa de integridade, que não detecte uma conduta irregular antes de acontecer, acabará por ser responsabilizada. Assim, a empresa precisa ser compelida a adotar um *compliance* adequado que possa lhe dar vantagens que superem seu custo de implementação e manutenção.

Desse modo, se a pessoa jurídica conseguir provar que tem um programa de integridade efetivo, embora não tenha conseguido detectar a conduta irregular a tempo de evitá-la, mas, posteriormente, contribui de forma plena com o poder público, entregando todas as provas pertinentes, parece que a sua responsabilização deve ser obstada. Isso porque não há um nexo causal imputável à corporação.

Ana Frazão defende a ideia de que a interpretação correta da responsabilidade objetiva da Lei nº 12.846/2013 deve ser no sentido de que não há punição sem reprovabilidade. Afirma, com efeito, que a responsabilidade objetiva, lastreada no risco, proveito, garantia, equidade, perigo, dentre outras situações, seria inerente a reparações de índole civil. Todavia, aplicar uma sanção com esse fundamento parecer ser inadequado constitucionalmente⁷¹³. A mesma posição

⁷¹² FERREIRA, 2015, p. 206.

⁷¹³ FRAZÃO, 2018, p. 45.

é compartilhada por Guilherme de Souza Nucci⁷¹⁴. Modelos Carvalhosa, de outra parte, afirma que a LAC tem um “nítido caráter penal”, o que exige à observância de garantias constitucionais⁷¹⁵.

O elemento reprovabilidade, segundo essa concepção, parece ser inerente à noção de punição/sanção. No entanto, outra premissa pode ainda ser traçada: a de que a existência de um mecanismo de *compliance* adequado, atrelado à prova de que o preposto da empresa agiu sozinho, exclua o próprio nexos de causalidade. Isso porque, na medida em que a empresa possua uma estrutura robusta, contando com diversos centros decisórios, inclusive com programa de integridade efetivo e independente, auditoria externa e governança corporativa adequada, parece que nem todas as condutas que lhe beneficiem podem ser imputadas diretamente a ela. No exemplo lançado linhas acima, se a empresa colaborar com as autoridades, entregando toda a documentação pertinente e comprovando que o seu diretor agiu sozinho para benefício próprio (embora a corporação tenha se beneficiado também), não há motivos para responsabilizá-la, pois o nexos causal está quebrado.

Em outras palavras, diante de uma situação como essa, e à luz da responsabilidade objetiva, parece ser ônus da empresa provar a quebra do nexos de causalidade em comento, demonstrando a efetividade de seu programa de *compliance* e sua forma de governança corporativa, além de colaborar de forma transparente com as autoridades. Agindo, desse modo, consolida-se a ideia de que o nexos de causalidade está quebrado. Essa interpretação está adequada aos termos da LAC, não sendo necessária qualquer alteração legislativa.

A interpretação aqui defendida é um incentivo bastante forte e evidente para que as pessoas jurídicas passem a adotar programas de integridade efetivos, independentes e transparentes, além de uma forma de governança corporativa adequada. Isso porque, com esses elementos funcionando regularmente, ela terá a possibilidade de comprovar que o seu preposto agiu de forma autônoma, o que pode afastar sua responsabilidade. Noutro passo, essa interpretação não parece ir de encontro ao Relatório do WGB/OCDE, uma vez que a intenção do órgão não aparenta excluir essa hipótese, mas, sim, impedir uma utilização abstrata do instituto como um fator impeditivo da responsabilização. Há que se ter cuidado, com efeito, ao transpor as sugestões das ordens jurídicas transnacionais, o que demonstra a necessidade de diálogo constantes entre o direito interno e o transnacional, permitindo uma dinâmica recursiva.

⁷¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102-104.

⁷¹⁵ CARVALHOSA, 2015, p. 34-35.

4.3. Conclusões Parciais

Esse capítulo final teve por objetivo trabalhar com dois temas específicos relacionados à responsabilização da pessoa jurídica. Partiu-se, com efeito, de duas situações em que há críticas do mecanismo de monitoramento da OCDE, ordem jurídica transnacional anticorrupção com a qual o ordenamento brasileiro mais interage, propondo-se medidas a fim de aperfeiçoar a estratégia de controle adotada.

A primeira situação objeto de estudo foi a falta de uma coesão entre os órgãos de controle, especialmente no que concerne à CGU, principal responsável pela aplicação da LAC no âmbito federal, e o MPF, órgão encarregado da persecução penal a pessoas físicas. Nesse passo, verificou-se que existe uma certa competição entre os órgãos para aplicar penalidades a pessoas jurídicas, bem como para realização de acordos de leniência com empresas. O *parquet* federal, titular da ação penal, reivindica a competência para realizar avenças com as empresas juntamente com delações premiadas de executivos. Essa questão bateu às portas do judiciário, que acabou decidindo (em segundo grau) que uma avença firmada apenas entre MPF e as empresas não vincularia o ente lesado, no caso a União, o qual não fica impedido de ajuizar ações em face das empresas colaboradoras. Essa celeuma ganhou mais um ingrediente com a proposição de fiscalização pelo TCU dos acordos firmados. Esse cenário acaba gerando uma forte insegurança jurídica, especialmente no mundo empresarial que sequer sabe ao certo com qual órgão deve se reportar para realizar acordos de leniência.

Noutro passo, outros entraves podem ser encontrados no modelo brasileiro de responsabilização corporativa. Assim, tem-se que a existência de diversas comissões *ad hoc* formadas para instruir os PARs, às quais compete sugerir a punição para que o dirigente máximo do órgão responsável realize seu julgamento, parece não ser totalmente adequado para a formação de uma interpretação evolutiva da legislação. Assim, as decisões dos expedientes administrativos de responsabilização não formam uma jurisprudência administrativa capaz de conferir previsibilidade aos agentes privados em face do poder sancionatório do Estado.

Dentro desse contexto, propõe-se criar um órgão, com caráter de tribunal administrativo, nos moldes do CADE, que possui uma consolidação bastante evidente no âmbito da defesa da concorrência, a fim de dar maior coesão ao sistema. Nesse passo, ele poderia continuar vinculado à própria estrutura da CGU, mas passaria a contar com uma corte composta por

membros estáveis e, por conseguinte, dotados das garantias de independência e imparcialidade. Sugere-se, ademais, que o MPF tenha assento nesse órgão, do mesmo modo como ocorre na regulação antitruste. Assim, ter-se-ia uma estrutura mais adequada de governança, permitindo uma maior integração entre as agências de combate à corrupção, bem como formando precedentes administrativos sobre a aplicação da LAC. No que tange aos acordos de leniência, sugere-se que continuem sendo firmados da forma como é atualmente, por autoridade administrativa competente dentro da estrutura da CGU e, preferencialmente, em cooperação com o MPF, a fim de conferir maior segurança jurídica aos colaboradores.

O outro ponto estudado diz respeito aos incentivos à adoção de mecanismos de *compliance* pelas pessoas jurídicas. Verificou-se, com efeito, que, em consonância com as orientações do Relatório da OCDE da Fase 3, a legislação brasileira permite que a existência de um programa de integridade sirva apenas como fator mitigador da pena, não possuindo o condão de excluir a responsabilidade. Todavia, esse não parece ser um incentivo suficiente para adoção de programas de integridade, especialmente no que concerne àquelas empresas que sequer foram investigadas e que não firmaram nenhum tipo de acordo de leniência.

Dessa forma, propõe-se uma interpretação mais adequada da legislação, de modo que, caso a empresa logre êxito em comprovar que a pessoa física praticante do ilícito agiu sozinha, embora tenha gerado benefícios corporativos, sua responsabilidade seja excluída. Assim, comprovando que seus mecanismos de integridade funcionam adequadamente, de forma independente e efetiva, e seu modelo de governança corporativa é bem estruturado, além de se dispor a colaborar de forma transparente com as autoridades sancionadoras, sua responsabilidade deverá ser excluída por falta de nexo causal.

Essa última interpretação pode parecer ir de encontro às orientações da OCDE em um primeiro momento. No entanto, fazendo-se uma leitura mais acurada do relatório do WGB, parece que a intenção do órgão é afastar a utilização da existência dos programas de integridade de uma forma mais ampla, sendo que a interpretação aqui proposta sequer se coaduna com a situação imaginada no relatório. Assim, há que se tomar precauções para não transpor as instruções das ordens jurídicas transnacionais de forma açodada.

CONCLUSÕES

1. O direito internacional formou-se classicamente como um imperativo necessário para balizar as relações entre Estados, tendo proeminência a partir da Paz de Vestfália (1648). No entanto, mesmo em momento anterior, já era possível encontrar em autores clássicos, como Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Francisco Suárez, Hugo Grotius e Emmerich de Vattel, traços embrionários de uma transnacionalidade do direito, pois esses autores já viam a ordem internacional como capaz de influenciar, ou mesmo limitar, o ordenamento estatal interno.

2. Immanuel Kant foi um filósofo que teve importância acentuada para o direito internacional, embora sua obra acerca desse tema não tenha gerado repercussão na época em que escrita. Esse autor imaginava um cenário no qual existiria uma federação de Estados, capaz de levar o mundo à paz perpétua. Evidentemente, até hoje não se tem nada parecido com esse projeto. No entanto, certos ideais kantianos são realidade, existindo modelos de conduta para os Estados, notadamente no que tange aos direitos humanos. Encontra-se, no estudo das atuais ordens jurídicas transnacionais, importantes premissas de seu pensamento.

3. Hans Kelsen teve um papel proeminente na sistematização do direito enquanto ciência. No que tange ao direito internacional, sua principal contribuição foi agrupar o direito interno e o direito internacional dentro de um mesmo sistema. Embora seu principal foco fosse a legitimidade dos ordenamentos jurídicos, essa contribuição é bastante relevante ao tema objeto desse estudo.

4. No contexto contemporâneo existem diversas ordens jurídicas transnacionais. O primeiro exemplo formalizado delas é o direito internacional privado, no âmbito do qual existe uma gama elevada de “leis modelo”, as quais são incorporadas ao direito estatal interno de diversos países. Entrementes, o comércio internacional e a proteção internacional dos direitos humanos constituem-se em exemplos mais eloquentes de ordens jurídicas transnacionais formais, tendo em vista seus sofisticados sistemas de monitoramento que impactam de forma bastante evidente os ordenamentos jurídicos internos.

5. Existem, ademais, as ordens jurídicas transnacionais informais. Nesse conceito, são incorporadas tanto aquelas oriundas de instituições formadas por atores públicos, mas à margem de instrumentos formais de direito internacional, quanto aquelas formadas exclusivamente por atores privados. Como exemplos do primeiro grupo, tem-se a ICN, a INTOSAI e a IOSCO,

dentre outras. Já o segundo grupo pode ser exemplificado por instituições como a FIFA e a CCI, além de empresas multinacionais.

6. Ordens jurídicas transnacionais não são formadas apenas por textos normativos em sentido estrito. Nesse passo, há que se ter uma concepção alargada de instrumento normativo, sendo assim considerado todo tipo de texto que tenha o escopo de influenciar as ordens jurídicas internas. O grau de obrigatoriedade do instrumento não é importante para o presente estudo, pois o foco de análise é centrado no efetivo impacto gerado pela OJT.

7. Ordens jurídicas transnacionais são aqueles instrumentos formados por, ou com auxílio de, instituições transnacionais, com o objetivo de influenciar e impactar no cenário jurídico estatal interno dos países (mesmo que esse propósito não esteja explícito ou seja imperativo), contando, ainda, com mecanismos de monitoramento que permitam a análise de sua cognição, aplicação e interpretação pelas autoridades internas. Não se pode olvidar, ademais, que organismos estatais podem influenciar na ordem jurídica transnacional, consagrando o mecanismo da recursividade.

8. Existem ordens jurídicas anticorrupção formalmente constituídas. O Brasil é signatário de três convenções sobre esse tema: a Convenção da OCDE, a Convenção Interamericana e a Convenção da ONU. Essas três convenções possuem mecanismos de monitoramento, sendo que o país já foi objeto de avaliação por todas elas. É importante registrar que o escopo do instrumento patrocinado pela OCDE é menor, pois é reservado a coibir o suborno destinado a autoridades estrangeiras por empresas multinacionais. Existem, ademais, ordens informais, dentre as quais os Princípios do G20 sobre a Responsabilização da Pessoa Jurídica é a única que versa especificamente sobre esse tema.

9. No que tange à responsabilização da pessoa jurídica, a interação do ordenamento brasileiro possui maior proeminência com a Convenção da OCDE. Isso porque a Convenção Interamericana aborda esse assunto apenas de maneira lateral. O instrumento patrocinado pela ONU, de outra parte, é mais recente, bem como teve um o sistema de monitoramento implantado de forma tardia.

10. É possível perceber que o surgimento das ordens jurídicas transnacionais anticorrupção teve uma forte influência dos Estados Unidos. Isso porque o governo desse país sofreu pressões políticas domésticas para internacionalizar o FCPA, sua legislação que coíbe o suborno de autoridades estrangeiras. Nesse contexto, as empresas estadunidenses alegavam que estavam sofrendo concorrência desleal de competidores oriundos de países que não puniam a

corrupção transnacional. Aqui é possível verificar o mecanismo da recursividade no que concerne à influência do direito local no global.

11. O Brasil adota diversas formas de responsabilização da pessoa jurídica. Há normas de direito civil, administrativo e penal. O direito civil é mais voltado a relações entre particulares, de modo que, para efeitos de punição, o direito administrativo e o direito penal se demonstram mais adequados. Nesse contexto, existem diversos mecanismos de direito administrativo que punem as pessoas jurídicas, como a Lei Antitruste, a Lei de Licitações, a Lei de Improbidade Administrativa, as atuações dos Tribunais de Contas e da CVM, dentre outros. No direito penal, existe a Lei de Crimes Ambientais, a qual possui fundamento constitucional explícito. Nenhuma dessas regulamentações, todavia, tem por escopo a punição de atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas, especialmente o suborno a autoridades estrangeiras.

12. O mecanismo de monitoramento do WGB/OCDE foi bastante contundente na Fase 2 ao afirmar que o Brasil descumpria a convenção, não possuindo nenhum mecanismo de responsabilização da pessoa jurídica por suborno transnacional.

13. Influenciado pelo sistema de monitoramento do WGB/OCDE, o Brasil passa a trabalhar em uma regulamentação específica para punir pessoas jurídicas por prática de atos lesivos à administração pública, nacional e estrangeira. A tramitação da lei foi evidentemente influenciada pelos relatórios do referido órgão, além das outras ordens jurídicas transnacionais de que o Brasil faz parte. Isso fica claro ao ser analisada a Exposição de Motivos encaminhada pelo Poder Executivo. A aprovação da nova lei, todavia, teve um impulso adicional dos protestos que aconteceram em meados de 2013, os quais ficaram notoriamente conhecidos como “Jornadas de Junho”.

14. A Lei nº 12.846/2015, que recebeu a alcunha de Lei Anticorrupção (LAC), prevê mecanismos administrativos de responsabilização da pessoa jurídica. No âmbito federal, a CGU é o órgão protagonista na aplicação da legislação, possuindo a competência concorrente para a instalação Procedimentos de Responsabilização Administrativa (PARs), além de ter a competência para avocar os já instaurados. Esse mesmo órgão possui a competência exclusiva para instaurar e julgar atos lesivos cometidos em face de autoridade estrangeira. Ademais, compete a esse mesmo órgão de controle firmar acordos de leniência no âmbito federal.

15. A regulação brasileira da matéria, inobstante tenha recebido uma influência direta das ordens jurídicas transnacionais, é única se comparada a dos demais signatários da

Convenção da OCDE. Esses países, que são economicamente bastante relevantes no cenário global, adotaram, em sua maioria, mecanismos penais para responsabilizar pessoas jurídicas por atos de corrupção. Mesmo diante dos países que adotaram a responsabilização administrativa, o sistema brasileiro se diferencia. Isso porque a forma como constituído, com processos de responsabilização e negociação de acordos de leniência ocorrendo por meio de comissões constituídas *ad hoc* no âmbito da CGU não encontra semelhança com os demais países estudados.

16. Dentro do objeto de estudo, é possível verificar a existência de um mecanismo recursivo entre o direito transnacional e direito estatal interno. Desse modo, percebe-se uma nítida influência de ordens jurídicas transnacionais no ordenamento brasileiro. No entanto, esse impacto é limitado, pois, ao regulamentar a matéria, o Brasil adotou traços marcantes de sua tradição jurídica, notadamente no que diz respeito ao direito administrativo sancionador.

17. O sistema brasileiro de responsabilização da pessoa jurídica tem se demonstrado efetivo, conforme se infere dos números alcançados em sua curta vigência, considerando que a regulamentação, no plano federal, ocorreu em 2015, por meio do Decreto nº 8.420. No entanto, a estratégia de regulação brasileira vem apresentando alguns problemas, notadamente no que tange à sobreposição de competências entre as agências governamentais encarregadas do *enforcement* da legislação. Isso fica bastante nítido na medida em que a CGU, principal encarregada da responsabilização administrativa no plano federal concorre com o MPF, encarregado da persecução penal, no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas e, especialmente, na negociação de acordos de leniência, o que já provocou discussões perante o Poder Judiciário.

18. A competição entre os órgãos encarregados de combate à corrupção acaba gerando uma insegurança jurídica para os atores privados, que sequer sabem ao certo com que órgão devem negociar acordos de leniência. A essa situação, soma-se o fato de a estratégia de regulamentação da matéria no âmbito da CGU, processando os casos por meio de comissões *ad hoc*, não permitir a formação de uma jurisprudência administrativa, o que criaria maior previsibilidade para a sociedade no que concerne à aplicação da LAC.

19. No presente estudo, propõe-se a criação de um órgão, semelhante ao CADE, o qual pode integrar a própria estrutura da CGU, que funcione como tribunal administrativo, com assento para o MPF, a fim de criar um mecanismo institucional sólido que gere maior coesão na aplicação da LAC. No que tange à investigação, ela poderia continuar a ser desenvolvida no âmbito da CGU, sendo posteriormente encaminhada à corte administrativa para julgamento.

Em relação aos acordos de leniência, sugere-se que eles continuem sendo negociados por comissões formadas no âmbito da CGU, com a participação de representante da AGU, mas que sejam realizados em cooperação com o MPF, órgão encarregado da persecução penal a pessoas físicas. Dessa forma, seria conferida maior segurança jurídica às avenças firmadas.

20. Os incentivos à adoção de mecanismos de *compliance* pelas pessoas jurídicas, presentes na Lei nº 12.846/2015, são insuficientes, notadamente em relação àquelas empresas que não foram investigadas e não firmaram acordo de leniência (que obriga a adoção de programa de integridade). Isso porque a redução da multa não chega a superar os custos de criação e manutenção de um sistema complexo de *compliance*. Assim, sugere-se uma interpretação adequada da LAC no sentido de que é possível afastar a responsabilidade da pessoa jurídica, caso ela demonstre que a pessoa física agiu de forma isolada, praticando ato lesivo que, inobstante a tenha beneficiado, não pode ser a ela imputado. Para tanto, é necessário ter um programa de integridade sólido, efetivo e independente, uma estrutura de governança corporativa adequada e colaborar efetivamente com as autoridades públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. Extradução, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMARAL JUNIOR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

ANGHIE, Antony. Francisco de Vitoria and the colonial origins of international law. *Social and Legal Studies*. London: SAGE Publicações, vol. 5, n. 3, 1996, p. 321-336.

ARANHA, Ana Luiza; FILGUEIRAS, Fernando. Instituições de *accountability* no Brasil: mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual. *Cadernos da ENAP (Escola Nacional de Administração Pública)*. Brasília: ENAP, vol. 40, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/2561>>. Acesso em 15/12/2018.

ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACKER, Larry Catá. Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator. *University of Connecticut Law Review*. Hartford: University of Connecticut Law School, vol. 39, n. 4, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=953216>>. Acesso em 21/06/2018.

BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI). *Revista CNJ*. Brasília: CNJ, v. 2, 2017, p. 24-32.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução A Kelsen, Ross e Hart*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: An Economic Approach. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. Nova York: Columbia University Press, 1974, p. 1-54.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999 [1960].

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário – Instituições de direito comunitário comparado: União Europeia e MERCOSUL*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. *O Nascimento do direito internacional*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. Francisco Suárez. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 161-200.

CAAR, Indira. Fighting Corruption Through Regional and International Conventions: A Satisfactory Solution? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, vol. 15, n. 2, 2007, p.121-154.

_____. The United Nations Convention on Corruption: Making a real difference to the quality of life of millions? *Manchester Journal of International Economic Law*. Londres: Eletronic Publications, vol. 3, n. 3, 2006, p. 03-44.

CAMPOS VELHO, Rafael Rott de. O combate aos cartéis internacionais como parte de um novo paradigma no direito internacional. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Faculdade de Direito/UFRGS, vol. 7, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/33874/23605>>. Acesso em 16/06/2018.

_____. O Mercosul e a Política Ambiental: modelos, inconsistências e alternativas. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UNICEUB, vol. 9, n. 3, 2012, p. 103-128. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1879/pdf>>. Acesso em 20/12/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade*. Lisboa: Almedina, 2006.

CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota. Usando multiplicidade de instrumentos para enfrentar a corrupção como um problema de ação coletiva: lições do caso brasileiro. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 175-203

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

CASELA, Paulo Borba. 400 anos do *De Legibus* de Francisco Suarez (1548-1617). *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo: USP, vol. 206/207, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67935/70543>>. Acesso em 24/05/2018.

CHINKIN, Christine M. Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, vol. 38, n. 4, out. 1989, p. 850-866.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercia. Direito da Empresa*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTO E SILVA, Almiro Regis do. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do RS, v. 27, n. 57, 2003, p. 33-74.

COTTEREL, Roger. What is Transnational Law. *Law & Social Inquiry*. Chicago: American Bar Foundation, v. 37, n. 2, março/2012, p. 500-524.

DAVIS, Kevin E.; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. The Local-Global Life of Indicators: Law, Power, and Resistanc. In: DAVIS, Kevin E.; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle (ed.). *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2015, p. 2-22.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'Universel*. Paris: Seuil, 2004.

_____. *Le Pluralisme Ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

_____. *La Refondation des Pouvoir*. Paris: Seuil, 2007.

_____. *Aux Quatre Vents du Monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris: Seuil, 2016.

DELLIS, Georges. *Droit Pénal e Droit Administratif. L'influence des pricipes du droit pénal sur le droit administratif répressif*. Paris: LGDJ, 1997.

DEMING, Stuart H. *The Foreign Corrupt Practices Act and the New International Norms*. Chicago, ABA Publishing, 2010.

DINH, Neguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit International Public*. 8 ed. Paris: LGDJ – Lextenso Édition, 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. Uma perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 163-202.

DUBBER, Markus, D.; HÖRNLE, Tajana. *Criminal law: a comparative approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FARIA, Thiago Silveira de. A influência do direito desportivo transnacional no ordenamento jurídico brasileiro: da reprodução de normas à aplicação direta pela jurisdição estatal. *Revista de Direito Internacional*. Brasília: UNICEUB, v. 12, n. 2, 2015, p. 324-340. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3569>>. Acesso em 03/07/2018.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Compliance anticorrupção: formas e funções na legislação internacional, na estrangeira e na Lei nº 12.846/2013*. In: FORTINI,

Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145-174.

FERREIRA, Luciano Vaz. *A construção do regime jurídico internacional antissuborno e seus impactos no Brasil: como o Brasil pode controlar o suborno praticado por empresas transnacionais?* Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais (Faculdade de Ciências Econômicas) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFGRS). Porto Alegre: 2015.

_____. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seu reflexo no Brasil. In: MOROSINI, Fábio. (coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 293-310.

FORTINI, Cristiana; SALGADO, Laís Rocha. O Decreto Federal nº 8.420/15 e a metodologia de cálculo para fixação da multa. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 57-81.

FRADERA, Véra M. Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: MENEZES, Wagner (org.). *O Direito Internacional e o Direito brasileiro*. Homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 809-832.

FRAZÃO, Ana. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35-56.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999 [1960].

GANTZ, David A. *Regional Trade Agreements. Law, Policy and Practice*. Durham: Carolina Academic Press: 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GENTILI, Alberico. *De Legationibus Libri Tre*. Vol. II. Tradução para o inglês de Gordan. J Lang. Nova York: Oxford University Press, 1924 [1594].

GLENNON, Michael. De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*). *Revue générale de droit international public*. Paris: Édition A. Pedone, t. 110, 2007, p. 529-537.

GRALF-PETER, Calliess; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009 [2002].

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Vols. I e II. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004 [1625].

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of International Law. *Michigan Journal of International Law*. Michigan: University of Michigan Law School, vol. 25, 2004, p. 849-863.

HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3-72.

HALLIDAY Terence C.; SCHAFFER, Gregory. Researching Transnational Legal Orders. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 475-528.

HART, Hebert L. A. *O Conceito de Direito*. 5 ed. Tradução de Armindo Riberio Medes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007 [1961].

HESPANHA, Antônio Manoel. Hugo Grotius. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JUNIOR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 151-162.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado. Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

JACKSON, John H. *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Regulations*. 2 ed. Cambridge: The MIT Press, 1997.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Haia: M. Nijhoff, 1995, t. 251, p. 9-268.

_____. Le droit international privé du nouveau millénaire. La Protection de la personne humaine face à la globalization. *Recueil des Cours: Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Haia: M. Nijhoff, t. 282, 2000, p. 9-40.

JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7 ed. Belo Horizonte: EF Editora, 2011.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2007 [1795].

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007 [1785].

_____. *Ideia de uma história universal sob um ponto de vista cosmopolita*. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo R. Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1784].

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2 ed. original. 7 ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [1960].

_____. *La paz por medio de derecho*. Tradução para o espanhol de Luis Echávarri. Buenos Aires: Editorial Losadas, 1946 [1944].

_____. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Récueil de cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Haia: M. Nijhoff, 1926, t. 14, p. 227-331.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986 [1979].

KENNEDY, Paul. *Ascensão e queda das grandes potências*. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

KEOHANE, Robert O; NYE JUNIOR, Joseph S. Power and Interdependence revisited. *International Organization*. Massachusetts: The MIT Press, Vol. 41, n. 4, 1987, p.725-753.

KINGSBURY, Benedict; KRISH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*. Durham: Duke University Law School, vol. 68, n. 3-4. Outono/2005, p. 15-61. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em 18/12/2018.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Relatório do Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional. Genebra: Comissão de Direito Internacional da ONU, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 7 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014 [1960].

LIMPINS, Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, vol. 19, n. 3, jul./set. 1967, p. 621-653.

MORAN, Theodor H. The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact. *Transnational Corporations*. Genebra: UNCTAD, vol. 18, n. 2, Agosto/2009, p. 91-112. Disponível em: <https://unctad.org/en/Docs/diaeii200910_en.pdf> Acesso em 23/07/2019.

LUZ, Reinaldo Diogo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção brasileira: características e efetividade. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119-143.

MACDONALD, Roderick A. When Lenders Have Too Much Cash and Borrowers Have Too Little Law. HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. *Transnational Legal Orders*. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 114-153.

MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos; AVELAR, Mariana Magalhães. Atos lesivos à administração pública e o princípio do *ne bis in idem*: uma análise do sistema legal de defesa da integridade administrativa. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 83-117.

MAFFINI, Rafael. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2016.

MANFRONI, Carlos A. *The Inter-American Convention Against Corruption. Annotated with Commentary*. Nova York: Lexington Books, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAGGI, Bruno de Oliveira; MARCIER, Elizabeth Maria. Cartel das Vitaminas S/A. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, jan. a mar./2007, p. 75-105.

MERRY, Sally Engle. *The seductions of quantification. Measuring human rights, gender violence, and sex trafficking*. Chicago: The University of Chicago Press, 2016.

McLEAVY, Peter. The new child abduction regime in the European Union: symbiotic relationship or forced partnership? *Journal of Private International Law*. Oxford: Hart, vol. I, n. I, 2005, p. 5-34.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat de. *De l'esprit des lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1995 [1758]. Disponível em: <https://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf>. Acesso em 20/11/2018.

MOROSINI, Fábio; BADIN, Michelle Raton Sanchez (Ed.). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Nova York: Cambridge University Press, 2018.

MOROSINI, Fábio. (coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. The MERCOSUR trade and environmental linkage debate: the disputes over trade in retreaded tires. *Journal of World Trade*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 44, n. 5, out. 2010, p. 1127-1144.

_____. Repensando estratégias regulatórias internacionais: a interação entre o setor elétrico e o Meio Ambiente na América do Norte. In: GUERA, Sidney; FERREIRA JUNIOR, Lier Pires (coord.). *Direito Internacional Ambiental e do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111-138.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional. Um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Marcelo. *Entre Thêmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo. Martins Fontes, 2008.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. São Paulo: Forense, 2015.

NUNNENKAMP, Peter. Foreign Direct Investment in Developing Countries – What Policymaker Should Not Do and What Economists Don't Know. *Kiel Discussion Papers 380*. Kiel: Kiel Institute of World Economics, 2001. Disponível em <<http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/2616/1/kd380.pdf>>. Acesso em 18/12/2018.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUSSBAUM, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. Nova York: Macmillan, 1954.

OASTE, Wallace; SCHWAB, Robert. Economic competition among jurisdictions: efficiency enhancing or distortion inducing. *Journal of Public Economics*. Amsterdã: Elsevier, vol. 35, n. 3, 1988, 333-354.

O'DONNELL, Guilherme. *Accountability Horizontal e Novas Poliarquias*. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC, n. 44, 1998, p. 27-44.

OLIVEIRA, Luciana Maria de. *Eficácia do sistema de solução de controvérsias da OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

OLIVEIRA, Renata Fialho de. *Harmonização jurídica no Direito Internacional*. São Paulo: Quatier Latin, 2008.

OPPENHEIM, Lassa. The Science of International. Its tasks and Method. *The American Journal of International Law*. Washington/DC: American Society of International Law, vol. 2, n. 2, abr./1908, p. 313-356.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

PANIZZA, Diego. Alberico Gentili. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 99-128.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das Empresas Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIETH, Mark; LOW, Lucinda A; BONUCCI, Nicola. *The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. 2 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. O combate global à corrupção e o direito internacional privado: primeiros esforços de uma sistematização necessária. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 289-311.

_____. *Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado*. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, vol. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 497-524.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. International law and social movements: challenge of theorizing resistance. *Columbia Journal of Transnational Law*. Nova York: Columbia Law School, v. 41, n. 2, 2003, p. 396-433.

RAJAH, Jothie. “Rule of Law” as Transnational Legal Order. In: HALLIDAY, Terence C.; SCHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

REVESZ, Richard L. The race to the bottom and federal environmental regulation: a response to critics. *Minnesota Law Review*. Minneapolis: University of Minnesota Law School, vol. 82, n. 2, 1997, p. 535-564.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bibi. São Paulo: EDIPRO, 2000 [1958].

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 988, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo Jurídico. Teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livra do Advogado, 2018.

SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelas: Bruylant, 2001.

SAMAHA, Joel. *Criminal Law*. 10 ed. Belmont: Wadworth, 2011.

SCHROTH, Peter W. The United States and the International Bribery Conventions. *The American Journal of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, Vol. 50, outono/2002, p. 593-622.

SEITENFUS, Ricardo Antonio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHAW, Malcolm. *Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010 [2003].

SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraint. *International Law and Justice Working Papers*. Nova York: New York University School of Law, 2010. Disponível em: <<https://www.iilj.org/publications/transnational-legal-process-and-state-change-opportunities-and-constraints/>>. Acesso em 22/06/2018.

SHAFFER, Gregory; WAIBEL, Michael. The (Mis)Alignment of the Trade and Monetary Legal Orders. In: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory (ed.). *Transnational Legal Orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 187-230.

SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Nova York: Anchor Books, 2000.

SIFUENTES, Mônica; CALMON, Guilherme (coord.) Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf>>. Acesso em 14/06/2018.

SIQUEIROS, José Luis. Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.559-574.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006 [1976].

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. Históricos, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n. 97, nov./2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000300003>. Acesso em 02/12/2018.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, n. 48, 1997, p. 11-32. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso 12/06/2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SUÁREZ, Francisco. *De Legibus. ac deo legistore*. Nápoles: Ex Typis Fibrenianis, 1872 [1612]. Disponível em: <<https://archive.org/details/tractatusdelegi01sugoog>>. Acesso em 25/05/2018.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas da UNIMEP*. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em 16/06/2018.

_____. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society. In: LADEUR, Karl-Heinz. *Globalization and Public Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 71-87.

_____. Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Bloomington: Indiana University Maurer School of Law, vol. 18, Issue 2, 2011, p. 617-638.

THORTENSEN, Vera; OLIVEIRA, Luciana Maria de. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Uma primeira leitura*. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

TORCHIA, Bruno Martins; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 205-229.

URBANO, Francisco Castilla. Francisco de Vitoria. In: *A Formação da ciência do Direito Internacional*. DAL RI JR, Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, p. 129-150.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VATTEL, Emmerich. *O direito das gentes ou princípios da lei natural aplicados à conclusão e aos negócios das nações e dos governantes*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2008 [1758].

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjunção entre estatualismo e cosmopolitismo. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (anuário*

da pós-graduação em Direito da UNISINOS). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89-107.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance. Incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.

VITORIA, Francisco de. *Os índios e o direito da guerra*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006 [1557].

WEBB, Philipa. The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity? *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, vol. 8, n. 1, 2005, p. 191-209.

WEIL, Prosper. Vers une normative relativé en droit international? *Revue generale de droit international public*. Paris: A. Pedrone, vol. 86, n. 1, 1982, p. 5-47.

ZAGARIS, Bruce; OSHRI, Shaila L. The emergence of an international enforcement regime on transnational corruption in the Americas. *Georgetown Journal of Law and Policy in International Business*. Washington, DC: Georgetown University Law Center, v. 30, 1999, p. 53-93.

ZANELLA, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2018.

LEGISLAÇÃO:

AUSTRÁLIA. *Criminal Code Act*. 1995. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>>. Acesso em 03/12/2018.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1996). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 12.846/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-publicacaooriginal-140647-pl.html>> Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 13.303/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 12.850/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.112/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.072/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Disponível em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 9.605/1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 5.764/1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 6.404/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.429/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 6.385/1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6385.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Lei nº 8.443/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. Decreto nº 8.420/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. CGU. Portaria nº 909/2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. CGU. Portaria nº 910/2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria-cgu-910-2015_julho-2018.pdf>. Acesso em 18/12/2018.

BRASIL. CGU/AGU. Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2.278/2016. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/portaria-interministerial-acordo.pdf>>. Acesso em 18/12/2018.

COLÔMBIA. Lei nº 1474/2011. Disponível em: <<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>>. Acesso em: 06/12/2018.

EUA. *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. 1977. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>>. Acesso em 12/10/2018

REINO UNIDO. *UK Bribery Act*. 2010. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>>. Acesso em 03/12/2018.

OEA. Resolução AG 1784: *Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção*. Washington: 2001. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/council/AG/ResDec/>> Acesso em 08/11/2018.

ONU. *Resolution 3/1 – Review Mechanism*. 2009. Disponível em <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP-session3-resolutions.html>>. Acesso em 10/11/2018.

CASOS:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE):

CADE. SDE e SEAE vs. Aventis Animal Nutrition, BASF AKTIENGESELLSCHAFT e F. Hoffmann – La Roche. Rel. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva. Processo nº 08012.004599/1999-18. Documentos disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnW7TcM-jzF-uwU_S8LK81bPvHsfhUmMV8GkPNokNbPUa>. Acesso em 16/06/2018.

Comitê CEDAW:

Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brasil. Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Comitê CEDAW), “Brazil: Consideration of reports submitted by States parties under Article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” (25/07/2011). Documentos disponíveis em: <<http://juris.ohchr.org/Search/Details/1701>>. Acesso em 15/06/2018.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH):

Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos (04/07/2006). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

Caso Eschet et al. v Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos (20/11/2009). Julgamento disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_ing.pdf> Acesso em 15/06/2018.

Caso Garibaldi v. Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos (23/09/2009). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

Caso Gomes Lund et. Al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos (24/11/2009). Julgamento disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf>. Acesso em 15/06/2018.

Ministério Público Federal (MPF) – Inquérito Civil:

BRASIL. MPF. Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42 e apensos. Rel. Mônica Nicida Garcia (01/09/2016). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/acordo_leniencia_smb.pdf>. Acesso em 15/12/2018.

Sistema de Solução de Controvérsias da OMC:

Caso US – Gasoline. DS2: United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (24/04/1996). Documentos disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm>. Acesso em 15/06/2018.

Caso US – Shrimp. DS58 - United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (22/11/2001). Documentos disponíveis em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em 15/06/2018.

Superior Tribunal de Justiça (STJ):

BRASIL. STJ. Recurso Especial 916.895/MG, rel. Min. Luiz Fux (08/09/2009). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200700077585&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 21/11/2018.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 1.122.177/MT, rel. Min. Herman Benjamin (23/03/2010). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900233370&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 21/11/2018.

BRASIL. STJ. Embargos de Divergência 479.812/SP, rel. Min. Teori Zavascki (27/09/2010). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200702940268>. Acesso em 21/11/2018.

Supremo Tribunal Federal (STF):

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso (04/06/2009). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%20ENUME%20E+OU+466343%20EACMS%20E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em 15/06/2018.

BRASIL. STF. RE 548.181/PR, Rel. Min. Rosa Weber (06/08/2013). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2518801>>. Acesso em 22/11/2018.

Tribunal de Contas da União (TCU):

BRASIL. TCU. Acórdão 301/2001/Plenário. Processo 001.025/1998-8, Rel. Min. Valmir Campelo (05/12/2001). Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>>

/#/detalhamento/11/102519988.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520N
UMACORDAOINT%2520desc/false/4/false> Acesso em 22/11/2018.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4):

BRASIL. TRF4. Agravo de Instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000. Rel. Des. Vânia Hack de Almeida (23/08/2017). Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41503591340641941104640769064&evento=490&key=4264e82e7593a945505621983dd0e723fdf7d7ab53f505dd1b93deb3807ebaff&hash=b5433e4daab5cab7db01474494099a45>. Acesso em 12/12/2018.

RELATÓRIOS, MANUAIS, DIAGNÓSTICOS E INDICADORES:

BANCO MUNDIAL. *Guidelines. Procurement of Goods, Works, and Non-Consulting Services Under IBRD Loans and IDA Credits & Grants by World Bank Borrowers*. Washington, DC: 2011 (revisada em 2014). Disponível em <<http://pubdocs.worldbank.org/en/492221459454433323/Procurement-GuidelinesEnglishJuly12014.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

BANCO MUNDIAL. *Helping Countries Combat Corruption. The Role of the World Bank*. Washington, DC: 1997. Disponível em <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corruptn.pdf>>. Acesso em 08/07/2018.

BANCO MUNDIAL. *Fazendo com que a justiça conte. Medindo e aprimorando o desempenho do judiciário do Brasil*. Washington, DC: 2004. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/927921468769735592/pdf/327890PORTUGUE10Que0A0Justica0Conte.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem ao Congresso nº 52/2010*. Brasília: 2010, p. 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC+52/2010+%3D%3E+PL+6826/2010>. Acesso em 02/12/2018.

CGU. *Manual de Responsabilização da Administrativa de Pessoa Jurídica*. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/responsabilizacao-de-empresas/ManualResponsabilizacaEntesPrivados.pdf/view>>. Acesso em 07/07/2018.

CGU/GT. *A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção*. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocial_empresas_baixa.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

G20. *G20 High Level Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption (Annex to G20 Leaders Declaration)*. Hamburgo: 2017. Disponível em <<http://www.g20.utoronto.ca/2017/2017-g20-acwg-liberty-legal-persons-en.pdf>>. Acesso em 02/12/2018.

ISO. ISO 370001. Genebra: 2016.

MPF. Nota Técnica 1/2017 – 5ª CCR. Brasília: 2017, p. 14. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em 12/12/2018.

NORMAS BRASILEIRAS DE AUDITORIA DO SETOR PÚBLICO (NBASP). Belo Horizonte: Instituto Rui Barbosa (IRB), 2015. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/>>

fiscalizacao-e-controle/auditoria/normas-brasileiras-de-auditoria-do-setor-publico-nbasp/>. Acesso em 16/06/2018.

OCDE. *Brazil: a key partner for the OECD*. Paris: 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>>. Acesso em 07/07/2018.

OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and Related Documents*. Paris: 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf>. Acesso em 23/10/2018.

OCDE. *Revised recommendation of the council on combating bribery in international business transactions*. Paris: 1997. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C\(97\)123/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(97)123/FINAL&docLanguage=En)>.

OCDE. *Relatórios Econômicos. Brasil*. Paris: 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org/eco/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 07/07/2018.

OCDE. *Recommendation of the council on Bribery in International Business Transactions*. Paris: 1994. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/1952622.pdf>> Acesso em 16/10/2018.

OCDE. *Procedure for Self- And Mutual Evaluation of Implementation of the Convention and the Revised Recommendation – Phase 2*. Paris: 2001. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/2025057.pdf>>. Acesso em 31/10/2018.

OCDE. *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris: 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>>. Acesso em 05/11/2018.

OCDE. *OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Monitoring Guide*. Paris: OCDE, 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Phase-4-Guide-ENG.pdf>>. Acesso em 20/12/2018.

OCDE. *Fighting the Crime of Foreign Bribery. The Anti-Bribery Convention and the OECD Working Group on Bribery*. Paris: 2017. Disponível em <<http://www.oecd.org/corruption/Fighting-the-crime-of-foreign-bribery.pdf>>. Acesso em 10/11/2018.

OCDE. *Brazil: Phase 1. Review of Implementation of The Convention And 1997 Recommendation*. Paris: 2004. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33742137.pdf>>. Acesso em 24/11/2018.

OCDE. *Brazil: Phase 2. Report on The Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*. Paris: 2007. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/39801089.pdf>>. Acesso em 25/11/2018.

OCDE. *Brazil: Phase 2. Follow-Up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations*. Paris: 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/45518279.pdf>>. Acesso em 25/11/2018

OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil*. Paris: 2014. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Report-EN.pdf>>. Acesso em 28/11/2018.

OCDE. *Brazil: Follow-Up to the Phase 3 Report & Recommendations*. Paris: 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Brazil-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 05/12/2018.

OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Bulgaria*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Bulgariaphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 1 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Colombia*. Paris: 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ColombiaPhase1ReportEn.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Germany*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Germanyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Italyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 3bis Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Greece*. Paris: 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Germanyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Latvia*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/Italyphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 2 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Latvia*. Paris: 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Latvia-Phase-2-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Poland*. Paris: 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Polandphase3reportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 2. Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Russian Federation*. Paris: 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/RussianFederationPhase2ReportEN.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 1. United States Review of Implementation of The Convention And 1997 Recommendation*. Paris: 1999. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/2390377.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Phase 4 Report: Mexico. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention*. Paris: 2018. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Mexico-Phase-4-Report-ENG.pdf>>. Acesso em 06/12/2018.

OCDE. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*. Paris: 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/50057547.pdf>>. Acesso em 11/12/2018.

OCDE. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf>>. Acesso em 15/12/2018.

OEA. *Documento explicativo del proyecto de ley modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos*. Washington: 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/ley_explicativo_prot.pdf>. Acesso em 08/11/2018.

OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (1ª Fase de Avaliação)*. Washington/DC: 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/mesicic_rel.html>. Acesso em 01/12/2018.

OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (2ª Fase de Avaliação)*. Washington/DC: 2008. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_II_inf_bra_sp.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (3ª Fase de Avaliação)*. Washington/DC: 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic3_bra_por.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

OEA. *República Federativa do Brasil. Relatório Final (4ª Fase de Avaliação)*. Washington/DC, 2012. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf>. Acesso em 01/12/2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL/FGV. *Novas Medidas Contra Corrupção – Pacote Completo*. Rio de Janeiro: FGV, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/23949>>. Acesso em 12/11/2018.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Liability of Legal Persons for Corruption*. Berlim: 2013. Disponível em <<https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/liability-of-legal-persons-for-corruption>>. Acesso em 01/12/2018.

UNCTAD. *World Investment Report*. Genebra: 2018. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>. Acesso em 07/07/2018.

UNODC. *Country Review Report of Brazil*. Viena: 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2017_01_19_Brazil_Final_Country_Report.pdf>. Acesso em 01/12/2018

UNODC. *Brazil - Measures taken after the completion of country review report of the first review cycle*. Viena, 2017. Disponível em: <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/14-16November2016/GoodPractices/2016.91/Brazil.pdf>>. Acesso em 07/07/2018.

UNODC. *State of implementation of the United Nations Convention against Corruption. Criminalization, law enforcement and international cooperation*. 2 ed. Viena: 2017. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session7/V.17-04679_E-book.pdf>. Acesso em 07/12/2013.