

Marcelo Zenkner

Prefácio

*Fábio Medina Osório*

Apresentação

*Instituto IGIDO*

# INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL E EMPRESARIAL

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

Belo Horizonte

**FORUM**  
CONHECIMENTO JURÍDICO

2019

© 2019 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

## Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

**FÓRUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e EditorCoordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de OliveiraImagem de capa: Jacques-Louis David, *The Lictors Returning to Brutus the Bodies of His Sons*, 1789.Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Estes foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail <editorial@editoraforum.com.br> para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial.

A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

Z54i	Zenkner, Marcelo Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal / Marcelo Zenkner. – Belo Horizonte: Fórum, 2019. 537p.; 17cm x 24cm ISBN: 978-85-450-0638-1 1. Direito Público. 2. Direito Penal. 3. Direito Administrativo. I. Título. CDD: 341 CDU: 342
------	--

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

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

ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 537p. ISBN 978-85-450-0638-1.

## SUMÁRIO

## PREFÁCIO

<b>Fábio Medina Osório</b> .....	17
----------------------------------	----

APRESENTAÇÃO.....	21
-------------------	----

INTRODUÇÃO .....	23
------------------	----

## CAPÍTULO I

A BUSCA DE UM CONCEITO DE INTEGRIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ÉTICA, A MORALIDADE E A CORRUPÇÃO.....	29
--	----

1 Relações humanas, valores e condutas.....	29
---	----

1.1 Notas introdutórias .....	29
-------------------------------	----

1.2 Breves noções de ética, moralidade e integridade.....	30
---	----

1.2.1 Ética .....	31
-------------------	----

1.2.2 Moralidade .....	41
------------------------	----

1.2.3 Integridade .....	46
-------------------------	----

2 A corrupção e seus reflexos na sociedade contemporânea .....	56
--	----

2.1 A corrupção e seu histórico entrelaçamento Brasil-Portugal.....	56
---	----

2.2 O “jeitinho brasileiro” e a Teoria das Janelas Quebradas ( <i>The Broken Windows Theory</i> ).....	67
--	----

2.3 O desafio de conceituar “corrupção” .....	71
---	----

2.4 A relação direta entre corrupção, direitos fundamentais e direitos humanos .....	79
--	----

2.4.1 Classificação dos direitos fundamentais .....	79
---	----

2.4.2 A corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais.....	85
--	----

2.4.3 O direito de viver em um ambiente livre de corrupção como direito fundamental da pessoa humana .....	87
--	----

## CAPÍTULO II

O CONTROLE DA CORRUPÇÃO <i>LATO SENSU</i> .....	93
---	----

1 Principais convenções internacionais .....	93
--	----

1.1 Noções gerais.....	93
------------------------	----

1.2 Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (1997).....	97
---	----

1.3 Convenção da ONU contra a Corrupção (2003).....	101
---	-----

1.4 Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (1996).....	105
--	-----

1.5 Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (1999).....	109
---	-----

2 Tipologia penal da corrupção .....	111
--------------------------------------	-----

2.1 A legislação penal brasileira .....	112
---	-----

2.1.1	Crimes previstos no Código Penal .....	112
2.1.2	Corrupção ativa e passiva na legislação penal extravagante .....	119
2.1.3	Principais crimes tipificados na Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos .....	120
2.1.4	Crimes de responsabilidade contra a probidade na administração e contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos .....	125
2.2	A legislação penal portuguesa.....	128
2.2.1	Crimes cometidos no exercício de funções públicas tipificados no Código Penal .	128
2.2.2	Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos – Lei nº 34/1987 .....	134
2.2.3	Crimes de corrupção no setor privado introduzidos pela Lei nº 20/2008 .....	136
2.2.4	Crimes de corrupção nos desportos – Lei nº 50/2007 .....	139
2.3	Implementação da Convenção da OCDE nos sistemas penais brasileiro e português .....	141
2.3.1	Alterações introduzidas pela Lei nº 10.467/2002 no Brasil .....	141
2.3.2	Alterações introduzidas pela Lei nº 20/2008 em Portugal .....	145
3	Tipologia não penal da corrupção no Brasil .....	148
3.1	Atos ilícitos da Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa).....	148
3.2	Atos ilícitos da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).....	158
3.3	Atos ilícitos da Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).....	164
3.4	Atos ilícitos da Lei Federal nº 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses).....	167
3.5	Atos lesivos da Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas) .....	173
3.6	Atos ilícitos da Lei Federal nº 13.019/2014 (Marco Regulatório do Terceiro Setor)	192
3.7	Atos ilícitos da Lei Federal nº 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) .....	193
4	O microsistema brasileiro de prevenção e combate à corrupção.....	197
5	Prevenção, repressão e punição à corrupção.....	202
5.1	Oportunidade, impunidade e corrupção .....	202
5.2	Propostas de alterações e acréscimos à legislação anticorrupção em vigor.....	211
5.2.1	Tipificação da corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro .....	212
5.2.2	Regulação da proteção aos “whistleblowers”: como equilibrar os incentivos aos denunciadores com o aumento do número de denúncias .....	214
5.2.3	Tentativas de criminalização do enriquecimento ilícito em Portugal .....	217
5.2.4	Principais diretivas anticorrupção da União Europeia .....	219
5.3	Práticas mundiais exitosas de implementação de políticas públicas de combate à corrupção .....	222

### CAPÍTULO III

INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL.....	229
1 Significado de integridade governamental.....	229

1.1	Evolução e desenvolvimento do Estado moderno: formas contemporâneas de governo, gestão ética e corrupção .....	229
1.2	O direito fundamental a uma “boa administração” .....	240
1.3	A importância da transparência e do acesso às informações de interesse público para a integridade governamental .....	246
1.4	Sistemas de integridade pública .....	255
1.4.1	Noções gerais .....	255
1.4.2	Sistemas de integridade pública em Portugal e no Brasil .....	257
2	Efeitos diretos e indiretos da corrupção na Administração Pública .....	260
2.1	A deslegitimação do governo pela corrupção .....	260
2.2	Contratações fraudulentas e ineficiência administrativa .....	266
2.2.1	Desperdício de recursos públicos .....	266
2.2.2	Baixa qualidade das obras e dos serviços públicos .....	270
2.2.3	Desvio e desperdício de verbas pela simulação ou aplicação de recursos públicos em áreas não prioritárias .....	274
2.3	Entrave ao crescimento econômico e afastamento de investimentos externos .....	278
2.4	Excesso de regulação .....	281
3	Controle administrativo dos atos do poder público .....	285
3.1	Controle interno .....	285
3.1.1	Introdução .....	285
3.1.2	Controle interno no Brasil .....	288
3.1.3	Controle interno em Portugal .....	294
3.1.4	O controle da evolução patrimonial de agentes públicos .....	296
3.1.5	O controle das incompatibilidades e do conflito de interesses .....	300
3.2	Controle externo .....	303
3.2.1	O controle externo pela atividade parlamentar .....	303
3.2.2	O controle externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas .....	305
3.2.3	Agências ou Comissões Independentes Anticorrupção .....	309
4	Controle da Administração Pública pelo Ministério Público e pela sociedade civil .....	312
4.1	O papel do Ministério Público no combate à corrupção .....	312
4.2	A importância do controle social e da participação popular na Administração Pública .....	319
4.2.1	Notas introdutórias .....	319
4.2.2	Participação popular na política orçamentária .....	325
4.2.3	Princípios informadores da participação pública .....	328
4.2.4	O controle pela via da ação popular .....	332
 CAPÍTULO IV		
INTEGRIDADE EMPRESARIAL .....		337
1	A contaminação dos negócios pela corrupção: fonte de lucros ou de prejuízos para as empresas? .....	337
1.1	“Teoria dos Jogos” e corrupção .....	337

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

4.3	O regime jurídico de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas .....	428
4.4	Respeito ao princípio <i>non bis in idem</i> .....	434
4.4.1	No plano interno.....	434
4.4.2	No plano externo .....	439
4.5	Sanções administrativas e judiciais.....	441
4.5.1	Sanções administrativas.....	441
4.5.2	Sanções judiciais .....	444
4.6	Reparação integral do dano .....	448
4.7	Prescrição .....	448
5	O sistema processual brasileiro de aplicação de sanções a pessoas jurídicas.....	450
5.1	O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).....	450
5.1.1	Noções gerais.....	450
5.1.2	Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR.....	452
5.1.3	Análise jurídica prévia à decisão.....	455
5.1.4	Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão.....	456
5.1.5	Recurso administrativo.....	457
5.1.6	Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI).....	458
5.2	Acordo de leniência.....	459
5.2.1	Origens, conceito e objetivos do acordo de leniência.....	459
5.2.2	A colaboração premiada, o acordo de leniência da Lei do CADE e o termo de ajustamento de conduta .....	463
5.2.3	Requisitos e garantias para a celebração do acordo de leniência da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas .....	465
5.2.4	Benefícios, riscos e desvantagens do acordo de leniência .....	469
5.2.5	Legitimação para celebrar o acordo de leniência.....	471
5.2.6	Importância da participação do Ministério Público nos acordos de leniência.....	474
5.2.7	Efeitos do descumprimento do acordo de leniência .....	475
5.2.8	Novos rumos do acordo de leniência – o PLS nº 105/2015 e o PL nº 3.636/2015 ....	475
5.3	Responsabilização das pessoas jurídicas pela via judicial.....	476
5.3.1	O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo.....	476
5.3.2	O microsistema legislativo brasileiro de tutela coletiva.....	478
5.3.3	Ação coletiva de responsabilização da pessoa jurídica e sua legitimação ativa.....	480
5.3.4	Competência territorial.....	482
5.3.5	Tutelas de urgência admissíveis.....	484
5.3.6	Responsabilização de agente público e de pessoa jurídica pelo mesmo fato ou por fatos conexos no mesmo processo.....	488
5.3.7	Sentença do processo coletivo de responsabilização da pessoa jurídica.....	490
5.3.8	Regime diferenciado da coisa julgada .....	494
	CONCLUSÃO.....	497
	REFERÊNCIAS.....	503