

**INSPER
LL.C. EM DIREITO EMPRESARIAL**

ANDRES HAGEN

**CLÁUSULAS ANTICORRUPÇÃO: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO E A
EFICIÊNCIA PARA MITIGAR RISCOS.**

SÃO PAULO

2016

ANDRES HAGEN

**CLÁUSULAS ANTICORRUPÇÃO: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO E A
EFICIÊNCIA PARA MITIGAR RISCOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Programa de pós-graduação lato sensu LL.C. em Direito Empresarial do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Empresarial.

Orientadora: Professora Pamela Gabrielle
Romeu Gomes Roque

SÃO PAULO

2016

Hagen, Andres.

Cláusulas Anticorrupção: A necessidade de limitação e a eficiência para mitigar riscos.

Andres Hagen. – São Paulo, 2016.

28p.

LL. C. em Direito Empresarial – Insper, 2016

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Roque Gomes

1. Cláusulas anticorrupção. 2. Formas de limitação. 3. Eficiência.
I. Andres Hagen. II. Cláusulas Anticorrupção: A necessidade de limitação e a eficiência para mitigar riscos.

ANDRES HAGEN

**CLÁUSULAS ANTICORRUPÇÃO: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO E A
EFICIÊNCIA PARA MITIGAR RISCOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Programa de pós-graduação lato sensu LL.C. em Direito Empresarial do Insper - Instituto de Ensino e Pesquisa como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Empresarial.

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

**NOME COMPLETO
TITULAÇÃO
INSTITUIÇÃO**

**NOME COMPLETO
TITULAÇÃO
INSTITUIÇÃO**

**NOME COMPLETO
TITULAÇÃO
INSTITUIÇÃO**

DEDICO ESTE TRABALHO À MINHA QUERIDA
NAMORADA E A TODA MINHA FAMÍLIA

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me apoiaram nesta jornada, e me deram forças para perseguir meus sonhos e objetivos.

Por todos aqueles que acreditaram em mim e me mostraram a importância da transparência e da ética nas menores e mais simples atitudes.

RESUMO

O presente artigo busca identificar os principais elementos que devem ser observados numa cláusula anticorrupção, analisando quais deles são considerados essenciais para garantir eficiência, bem como especificando no contexto do contrato, o que se entende por atos corruptos - o que muitas vezes inviabiliza a manutenção do contrato, por criar cláusulas genéricas, na tentativa de abarcar todo o universo da corrupção – e enfatizando a importância dos códigos de ética e conduta que refletem de maneira direta no contrato. Por se tratar de um tema novo em virtude da lei 12.846/13, observa-se uma grande demanda, por parte das empresas, para que se resguardem por meio de contratos, levando em conta a questão da responsabilidade objetiva. Ademais, a falta de cuidado na redação das cláusulas as tornam demasiadamente inviáveis de se cumprir, o que gera mais discussões do que soluções para o assunto. Com base nesse estudo, busca-se encontrar os itens essenciais de uma cláusula anticorrupção na tentativa de dirimir problemas decorrentes de falhas contratuais.

Palavras-chave: Cláusulas Anticorrupção. Eficiência. Limites. Responsabilidade.

ABSTRACT

The current article tries to identify the main elements that should be observed in an anticorruption clause, analyzing which of these elements should be considered essential in order to avoid the lack of efficiency and specify, in the context of the contract, what is understood as corruption, which many times leaves the maintenance of the contract impracticable by creating generic clauses, in the hope of covering the whole universe of corruption acts, not forgetting the importance of the codes of ethics and conduct that directly reflect in the contract. In order of the advance of the new Law 12.846 / 13, there was a great demand for the company to protect itself through contracts taking into account the issue of strict liability. In addition, various clauses have been drafted without due care, becoming too infeasible to comply, which leads to more discussion than solutions to the issue. Based on this study, it is sought to find the essential items of an anticorruption clause in an attempt to solve problems arising from contractual failures.

Keywords: Anticorruption clauses. Efficiency. Limits. Responsibility.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	P.10
2	CORRUPÇÃO, <i>COMPLIANCE</i> E AFINS.....	P.12
3	RESPONSABILIDADE E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS.....	P.16
4	CLÁUSULAS ANTICORRUPÇÃO E O QUE SE DEVE OBSERVAR..	P.19
5	CONCLUSÃO	P.23
	REFERÊNCIAS.....	P.25

1 INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho surge com a observação da lei anticorrupção (12.846/13)¹, que fez com que as empresas tivessem uma necessidade não mais aparente, mas real, de estabelecer meios mais eficientes contra a corrupção. Além disso, as questões envolvendo a responsabilidade objetiva, bem como o crescimento de Compliance no Brasil - que também pode ser visto como resultado da lei anticorrupção - e no mundo, fizeram com que inúmeras cláusulas contratuais para o tema fossem redigidas sem o devido cuidado, ignorando as consequências.

Soma-se a isso inúmeras cláusulas genéricas ou específicas, que não são viáveis do ponto de vista de controle ou mesmo de cumprimento, gerando discussões sobre o assunto. Isso faz com que as empresas demandem mais tempo e dinheiro na tentativa de solucionar a forma como foram redigidas.

Ao ingressar no tema, não existe uma teoria única que pode ser utilizada, mesmo porque, há de se observar o objeto e a atividade de cada empresa no momento de se redigir uma cláusula. Isso cria algumas ressalvas no momento de se analisar qual seria a melhor forma de redação, chegando-se mais próximo de itens necessários para se viabilizar, de forma eficiente, tais cláusulas. O que se busca fazer neste trabalho é pautar-se na lei 12.846/13 e nas demais legislações conexas. Outros pontos a serem considerados são os programas internos de compliance que as empresas seguem, utilizados como guia de governança e compliance, para que não ocorra uma inconsistência nas cláusulas contratuais entre as partes e de seus respectivos códigos de conduta e procedimentos internos.

O fato da corrupção ser um problema global faz com que o tema dialogue com diversos países e envolva as mais variadas leis e institutos de controle e fiscalização, bem como diversos órgãos fiscalizadores que auxiliam na tentativa de mitigar ao máximo a corrupção. Entretanto, o presente artigo evita trabalhar com leis de outros países - como o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), *UK Bribery Act*, entre outras -, por mais importantes e relevantes que sejam, devido à amplitude do tema e por seu

¹PLANALTO CENTRAL. BRASÍLIA, D.F., 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016

propósito de relevância interna em decorrência da situação atual do Brasil em se tratando do combate à corrupção. Além disso, órgãos reguladores não são objetos deste projeto pois, dependendo do tipo de atividade desenvolvida pelas empresas, esses órgãos estabelecem regras e diretrizes a serem seguidas como, por exemplo, instituições financeiras que atendem ao Banco Central (BACEN), ou mesmo o mercado financeiro à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Portanto, o que se busca é indicar quais os elementos necessários para que uma cláusula anticorrupção reflita uma realidade não apenas jurídica, mas também de mercado. Ressaltando que no momento da elaboração das cláusulas anticorrupção seja levado em conta alguns itens essenciais para que a mesma não seja genérica, ou extensa - ao ponto de impossibilitar o seu cumprimento -, devendo ser limitada e adequada para a prática do que se pretende contratar.

2 CORRUPÇÃO, COMPLIANCE E AFINS

Antes de iniciar a discussão sobre o que seria uma cláusula anticorrupção viável e eficiente nos contratos, a definição do que seria corrupção se faz necessária. Não apenas para enquadrar as práticas dentro de um cenário definido em lei, na tentativa de evitar surpresas, mas também para melhor entender o efeito devastador que a corrupção gera na sociedade, refletindo em seu aspecto cultural e econômico, criando meios desiguais entre as empresas.

Em uma busca rápida no google, ao digitar “o que é corrupção”, encontramos a resposta de que

é o efeito ou ato de corromper alguém ou algo, com a finalidade de obter vantagens em relação aos outros por meios considerados ilegais ou ilícitos. Etimologicamente, o termo "corrupção" surgiu a partir do latim *corruptus*, que significa o "ato de quebrar aos pedaços", ou seja, decompor e deteriorar algo².

Já segundo a United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC),

a corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo. Em diferentes contextos, a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política. Ela corrói as bases das instituições democráticas, distorcendo processos eleitorais, minando o Estado de Direito e deslegitimando a burocracia. Isso causa o afastamento de investidores e desestimula a criação e o desenvolvimento de empresas no país, que não conseguem arcar com os "custos" que ela causa.³

Outras inúmeras definições que tratam do tema têm abordagens um pouco diversas, focando nos mais variados objetos. Entretanto, quase todas têm como caráter principal a prática contrária à lei e à moral que, cada vez mais, reflete negativamente no desenvolvimento social, político e econômico de um país e nas suas relações negociais nas mais variadas esferas - seja em decorrência de atividades governamentais ou empresariais.

² Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=o+que+e+corrupcao>>

³ UNODC. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Disponível em: <www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html> Acesso em: 15 jul. 2016.

Não bastasse todo o caráter negativo, a corrupção é um tema pelo qual as pessoas sentem-se sensibilizadas, pois é possível se sentir lesado facilmente e corroborar que todos os problemas da sociedade dependem de ações políticas e são reflexo de práticas corruptas. Não que essa afirmação não seja verdade, salvo os casos de má administração de recursos públicos, entre outros. Logo, tal tema gera comoção e traz sensibilidade social, fazendo com que todos sejam entendedores do tema, podendo causar algumas situações que não são tão verdadeiras, devendo se atentar a fontes confiáveis sobre o assunto.

Sendo assim, existem diversos órgãos e instituições que se preocupam com o tema como, por exemplo, a IT (International Transparency)⁴, que ranqueou os países segundo o nível de corrupção, tendo o Brasil assumido pontuação 76 no ano de 2015. O critério utilizado para classificação é a percepção do setor público de corrupção, sendo o número 100 considerado o mais limpo. A medição é feita com base nos países que participam da IT, que somam um total de 168.

Levando em conta as posições anteriores em que o Brasil se encontrava – pontuação 45 –, houve uma melhora que se deve, provavelmente, às medidas adotadas para sanar os problemas provenientes de práticas corruptivas, em especial à implementação da lei 12.846/13, que entrou em vigor em 2014. Segundo esta, mais conhecida como a Lei Anticorrupção ou ainda Lei da Empresa Limpa, busca-se agrupar os assuntos que estavam esparsos em diversas outras leis, relacionadas à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, pelas práticas de atos corruptos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Em seguida, passamos para o tema de *compliance*, que também chega ao Brasil de maneira mais forte com o advento da lei anticorrupção, que traz a necessidade da criação de programas de *compliance* de forma a auxiliar as empresas a seguirem os caminhos legais⁵. Partindo para a definição do tema, para alguns autores o termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa agir de acordo com

⁴ TRANSPARENCY INTERNATIONAL (IT). *Corruption perceptions index 2013*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2013/>>. Acesso em: 9 dez. 2014

⁵ SENADO. 2015. Disponível em :

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 ago.2016.

uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, ou seja, estar em “compliance” é estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos⁶.

Logo, as questões envolvendo *compliance* ou conformidade – que de maneira leiga são os códigos de conduta desenvolvidos pelas empresas para adequar suas práticas de forma transparente e clara – levam a uma cultura interna que se replica nas ações desenvolvidas como um todo. Um ponto também debatido na Lei anticorrupção, nos artigos 7º inciso VIII e artigo 16º, que trouxe a necessidade de práticas de *compliance* e governança corporativa na tentativa de implementar programas, visa a redução de práticas corruptivas e incentivo aos programas internos, como a criação de um Código de Ética e uma auditoria interna independente, formada por um comitê atuante e permanente.

Dito isso, não basta que tais regras tenham efeito apenas na própria empresa, deve-se levar em conta as relações internas, outras pessoas jurídicas envolvidas na relação – mesmo que de forma indireta – e o Poder Público. Deve-se, portanto, buscar regras de *compliance* nos três níveis de inserção, discutidas a seguir.

Primeiramente, as práticas corruptivas internas, que se vislumbram na figura do funcionário, pessoa física. Este, mediante utilização dos recursos e meios da empresa com outras empresas, busca vantagem pessoal ilícita, muitas vezes caracterizadas por abuso das funções exercidas.

Em seguida, a corrupção envolvendo empresas, ou seja, a prática entre pessoas jurídicas, que busca o mais variado tipo de vantagem ilícita. Tais formas podem ser percebidas quando envolvem concorrentes de um mesmo setor, de uma mesma atividade de mercado, conhecidas como cartéis. Conforme ensina Carvalhosa⁷, tal prática é utilizada por empresas que não necessariamente são concorrentes de um mesmo setor, mas que criam artifícios para fraudar ou mesmo frustrar a concorrência das mais variadas formas, a Ordem Econômica – mais precisamente o artigo 172 da Constituição Federal – e os crimes elencados na Lei 8.137/1990.

⁶ BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013, p. 303.

⁷ Conforme: CARVALHOSA, M. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Por último, a relação das empresas com o Poder Público. Esta, muitas vezes, tem início na corrupção envolvendo as pessoas jurídicas, que passam a ter objetivos de desviar as funções do Poder Público por meio da manipulação de licitações e leilões públicos, buscando sua vantagem através de sua contratação, conforme artigo 5º inciso IV, alínea “a” da Lei anticorrupção.

Assim, a corrupção passa a ser objeto não só de responsabilidade do Estado, mas também das empresas que queiram estar de acordo com a Lei e inseridas num mercado confiável. Para isso, devem se preocupar em estabelecer formas de criar barreiras e mecanismos que dificultem a corrupção, nos diversos níveis, seja ela cometida por seus próprios funcionários, pessoas jurídicas ou com Poder Público, que buscam vantagens afrontando a coletividade de forma mais ampla.

Por isso, não basta apenas tentar fiscalizar a corrupção, mas também criar programas que efetivamente façam com que a empresa como um todo evite práticas corruptivas. Isso se deve não apenas pela falta de ética e moral que estão presentes em tais atividades, mas também pelos reflexos gerados.

3 RESPONSABILIDADE E SEUS REFLEXOS

Antes de se falar em responsabilidade contratual ou mesmo sobre as cláusulas de limitação de responsabilidade, uma pequena introdução do que seria um contrato é válida. O contrato representa um ato de vontade entre as partes, uma promessa, que se prorroga num determinado tempo, presumindo que as partes irão cumprir com o acordado e que irão se comportar de maneira adequada, ou seja, existe uma boa fé. No contexto da contratação com agentes públicos, os riscos envolvidos nos contratos – em se tratando de corrupção – não são de fácil mensuração. Entretanto, conhecedores de tais riscos, tornam-se culpadas de seu próprio infortúnio ao se expor ao risco, mesmo que de forma involuntária.

Um dos cuidados a ser tomado quando se elabora uma cláusula anticorrupção diz respeito à responsabilização objetiva que incide tanto no âmbito administrativo quanto cível, gerando reflexos a todas e quaisquer pessoas jurídicas, independente da personalidade da empresa (Sociedades Anônimas, Limitadas, Simples, Fundações, Cooperativas, Associações, entre outras). Deve-se observar, também, o fato da lei enquadrar as empresas coligadas, controladoras e consorciadas que podem fazer parte da estrutura organizacional de alguma maneira, caracterizando como grupo econômico ou que tenham interesses em comum. Vale considerar também a responsabilidade subjetiva que incide sobre os membros da diretoria e sobre as pessoas naturais envolvidas nos atos de forma direta, o que pode ser caracterizada como prática corrupta.

Outro ponto que reflete o limite da responsabilidade e que se tornou não tão efetiva foi a possibilidade, mesmo que sem o devido julgamento, em alguns casos, da desconsideração da personalidade jurídica. Isso pois afeta não somente o patrimônio empresarial, mas também a figura de seus sócios ou proprietários podendo, inclusive, sofrer uma dissolução compulsória, como previsto nos artigos 14 e 19 da Lei Anticorrupção.

Os reflexos decorrentes da lei são punições que podem variar entre 0.1% e 20% sobre o faturamento bruto do último exercício que antecede a instauração do processo administrativo, que vai averiguar os atos contrários à própria lei. Ressalta-se a isso que a multa não substitui a necessidade de dever indenizatório pelos danos sofridos pelo

terceiro ou pelo governo. Além do dever de indenizar, quando houver decisão condenatória, deve-se publicar em jornal de grande circulação, tendo na figura da pessoa jurídica as despesas. Outro ponto é a necessidade do cadastro no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que cria um rol das empresas punidas. Tal cadastro gera relações distintas, como algo que traz certa vantagem, pois demonstra que a empresa busca fazer um melhoramento. Já um ponto negativo, é a exposição que a empresa sofre por ser considerada parte de uma quadrilha criminosa⁸.

Para Niklas Luhmann⁹, a vida cotidiana pode ter assimilado o risco como caráter normal, entretanto, saber como transformar e distribuir o risco de forma mensurável faz com que se possibilite implementar no contrato uma forma de resguardar monetariamente a parte não corrupta. Nesse ponto, a lei 12.846/2013 estabelece a questão das multas, que podem chegar até 20% do faturamento da empresa, ou seja, o risco pode ser calculado, mesmo que de forma indireta, na formação do contrato.

Os riscos podem ser apresentados de duas maneiras. Uma delas é o conhecimento de mercado, entretanto, deve-se ressaltar ao fato a impossibilidade de se eliminar os riscos, embora seja possível reduzir ou prevenir em alguns pontos os riscos que envolvem a contratação com o ente público. Outra face é a insuficiência jurídica. Tem-se no direito a possibilidade de assegurar que promessas válidas sejam cumpridas e haja o fornecimento de instrumentos de exigibilidade. Apesar dos mecanismos, não há como garantir a índole dos envolvidos ou formas alheias aos contratos, podendo gerar reflexos diretos na contratação implicando, assim, em um risco que pode ou não ter reflexos nos negócios.

Eis que surge a necessidade da responsabilização dos indivíduos de forma clara, tanto de quem corrompe como de quem é corrompido. Isso leva a um auxílio na preservação da confiança das partes dos contratos, além de prevenir as práticas corruptivas durante a negociação e execução.

Um dos pontos que chamam a atenção na lei é o fato da responsabilização objetiva das empresas, que alcança de maneira solidária as empresas consorciadas,

⁸Conforme: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Lei 12.846 exige cuidado na elaboração de cláusulas sociais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/rodrigo-reboucas-lei-12846-exige-cuidado-elaboracao-clausulas-sociais#top>> Acesso em: 15 jul. 2016.

⁹LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick, USA: Transaction Publishers, 2006.

controladas e controladoras, podendo também envolver terceiras, independente do envolvimento direto ou não no ato ilícito e das pessoas físicas envolvidas.

Com a possibilidade de se responsabilizar objetivamente, a fundamentação não mais necessita do binômio tipo-dolo, mas sim conduta-benefício, verificando como a empresa deveria ter se portado diante de suas ações ou omissões com o agente público, cabendo aos órgãos julgadores verificar os casos de proatividade ou de evitabilidade, não tendo a questão subjetiva do dolo tanto peso quanto o dano causado ao bem jurídico. Isso leva à crença de que se os responsáveis da empresa sofrem as consequências de cláusulas má escritas, leva também ao fato de que não é prudente especificar de modo a não ser possível cumprir.

4 CLÁUSULAS ANTICORRUPÇÃO E O QUE SE DEVE OBSERVAR

O advento da lei anticorrupção – que trouxe maior relevância ao tema, bem como as operações envolvendo diversas empreiteiras e a Petrobras (operação lava-jato¹⁰) entre outras – fez com que surgisse a necessidade de um controle maior e mais eficiente, direcionando a um momento inicial, a contratação. Eis que surge a necessidade de uma cláusula contratual que reflita o momento, bem como crie limitações e seja eficiente para que possa ser cumprida.

A limitação vem do fato de que de nada adianta uma cláusula que reflita um artigo de lei como, por exemplo, que a parte envolvida no contrato deverá agir de forma legal, sem praticar atos de corrupção. Ora, se a parte envolvida praticar algum ato de corrupção, está implícito já que ela faltou com boa-fé contratual (que não é foco deste trabalho), além de ter sanções na esfera legal, muito maior que a quebra contratual.

Associado a isso, temos a limitação, também, com o foco de saber até onde as partes contratantes têm mecanismos eficientes de controle, bem como conseguem fiscalizar que a cláusula anticorrupção seja cumprida. Isso porque os custos envolvidos na fiscalização do cumprimento do contrato, que abarcam itens que extrapolam a boa-fé contratual, faz com que além de programas internos efetivos de *compliance*, se tenha a necessidade de controles como "*know your client*", beirando o surgimento de programas internos que se conversem tão bem, sendo integrados.

Além de gerar um custo maior, a falta de autonomia de fiscalização impede que os controles sejam realizados de maneira eficiente, gerando uma limitação nas cláusulas. Isso faz com que não seja viável uma cláusula em que a parte crie e implemente diversos controles que não serão passíveis de fiscalização e acompanhamento, além de, caso seja viável, gerar um custo que não reflete a real necessidade.

É nesse cenário que alguns modelos de cláusulas anticorrupção foram elaborados, na tentativa de estabelecer a melhor forma de abarcar as situações. Alguns desses modelos serão objeto de um rápido estudo buscando verificar se correspondem

¹⁰ LAVA JATO. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>> Acesso em: 19 de maio de 2016.

com o que se espera de uma cláusula anticorrupção. O ICC (Camara de Comércio Internacional) foi responsável pela criação desses modelos, que terá sua mecânica de funcionamento e aplicação descrita abaixo.

O ICC trabalha a questão das cláusulas anticorrupção, sendo divididas em três partes. A primeira parte é a que trata da questão das próprias diretivas do ICC, a segunda parte trata das políticas que devem ser adotadas pelas empresas que aceitarem aderir ao programa com base nas diretivas do ICC, já a parte três enumera sugestões para um programa de *compliance* efetivo. Apesar das diretivas serem de 2011, anteriores da Lei 12.846/13, observa-se que se buscava uma prática de transparência e conformidade que deixasse as empresas numa situação confortável de contratação, bem como de aceitação de transações internacionais, objetivando uma prática não só local, mas de âmbito internacional.

A intenção da ICC é a de gerar confiança entre as partes contratantes, o que reflete como fator fundamental à integridade, fazendo com que se tenha um ambiente de negócios em que seja possível efetuar as transações comerciais dirimindo o fator corrupção como risco, assegurando que não trarão frutos, mantendo a confiança para que a resolução do contrato seja algo justificável.

Sendo assim, o que se busca é que a cláusula seja escrita objetivando o equilíbrio entre as partes, firmando um vínculo de boa-fé e cooperação e, que se houver, por alguma eventualidade, alguma prática ilícita, elas poderão ser sanadas sem que se rompa a relação inicial da vontade de contratar.

Ainda sobre o tema de cláusulas anticorrupção, temos o artigo publicado por Daniel Sibille¹¹, onde são debatidos alguns pontos que serão tratados com alguma ressalva, tendo em vista que o autor trata de cláusulas anticorrupção e de *compliance* como sendo as mesmas. Independente de tal tratamento, o autor traz à luz alguns pontos que chamam a atenção por se tratar de uma análise, mesmo que superficial, de um problema que reflete uma realidade empresarial no que tange às negociações e disputas

¹¹Daneil Sibille é Diretor de Compliance LATAM da Oracle. Advogado especialista em Compliance e Combate a Fraudes, atualmente é Diretor de Compliance LATAM da Oracle, empresa norte-americana com presença em 145 países e líder mundial no mercado de IT. Graduado pela Universidade presbiteriana Mackenzie e Pós Graduado em Direito Civil e Direito Empresarial. É professor do Curso curso de Pós Graduação de Gestão de Riscos de Fraudes da FIA, Coordenador do Curso de Preparatório de Compliance da LEC e Idealizador e co-fundador da Revista LEC – Legal, Ethics and Compliance.

entre os departamentos jurídicos que traduzem uma verdadeira guerra para se conseguir aprovação da cláusula, que nas palavras do autor representam:

...uma verdadeira disputa entre os departamentos jurídicos/compliance com o objetivo de imposição de seus códigos, gerando desconforto entre as companhias, retrabalho e em algumas vezes, até uma não celebração do negócio. Neste último cenário, todos perdem, sobretudo os profissionais envolvidos que farão jus (corretamente) ao rótulo de funcionários do DPV – Departamento de Prevenção à Vendas, comumente conhecido os departamentos jurídicos e de compliance das empresas”¹²

Assim sendo, é importante observar que tentar impor cláusula anticorrupção a outra parte extrapola não só a relação contratual, como também chega a interferir no programa de *compliance* da outra parte, bem como no relacionamento com terceiros, uma vez que, caso ocorra a resolução do contrato por motivação de alguma das partes, será devido também a perda e danos aos que dela deixaram de auferir algum tipo de vantagem. Isso faz com que programas de *compliance* sejam tão necessários, desde que feitos com consciência e de forma eficiente, caso contrário, irão gerar apenas mais dificuldades na hora de se firmar um contrato que contenha uma cláusula anticorrupção.

Sibelli traz em seu artigo um modelo de cláusula que reflete o que se espera de maneira geral da cláusula anticorrupção, que é:

As Partes declaram conhecer as normas de prevenção à corrupção previstas na legislação brasileira, dentre elas, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e a Lei nº 12.846/2013 e seus regulamentos (em conjunto, “Leis Anticorrupção”) e se comprometem a cumpri-las fielmente, por si e por seus sócios, administradores e colaboradores, bem como exigir o seu cumprimento pelos terceiros por elas contratados. Adicionalmente, cada uma das Partes declara que tem e manterá até o final da vigência deste contrato um código de ética e conduta próprio, cujas regras se obriga a cumprir fielmente. Sem prejuízo da obrigação de cumprimento das disposições de seus respectivos código de ética e conduta, ambas as Partes desde já se obrigam a, no exercício dos direitos e obrigações previstos neste Contrato e no cumprimento de qualquer uma de suas disposições: (i) não dar, oferecer ou prometer qualquer bem de valor ou vantagem de qualquer natureza a agentes públicos ou a pessoas a eles relacionadas ou ainda quaisquer outras pessoas, empresas e/ou entidades privadas, com o objetivo de obter vantagem indevida, influenciar ato ou decisão

¹² SIBILLE, D. Cláusulas anticorrupção. S.l.: Legal Ethics Compliance, 2016. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/web/clausulas-anticorruptcao/>>. Acesso em: 27 de maio de 2016.

ou direcionar negócios ilicitamente e (ii) adotar as melhores práticas de monitoramento e verificação do cumprimento das leis anticorrupção, com o objetivo de prevenir atos de corrupção, fraude, práticas ilícitas ou lavagem de dinheiro por seus sócios, administradores, colaboradores e/ou terceiros por elas contratados. A comprovada violação de qualquer das obrigações previstas nesta cláusula é causa para a rescisão unilateral deste Contrato, sem prejuízo da cobrança das perdas e danos causados à parte inocente¹³

Observa-se que tal cláusula tem como fundamento legal base não só a lei 12.846/13, mas também a lei 8.429/1992, que trata de improbidade administrativa, ou seja, tem como um dos pontos base a contratação com o Poder Público. Além disso, tem-se uma cláusula que busca abarcar não só as partes envolvidas, mas também terceiros, o que dificulta a fiscalização e controle.

Outro ponto é no tocante a se manter fiel a um código de ética e conduta próprio que manterá até o final da vigência do contrato. Isso deve ser levado em conta com cautela, pois caso uma das partes não tenha um *compliance* interno eficiente, de nada adiantará mantê-lo até o término do contrato. Referente a isso, é importante que se analise o código de ética e conduta da outra parte, para verificar a viabilidade, bem como sua eficiência e sintonia com o código da primeira parte.

Um último ponto a ser abordado é a rescisão contratual caso uma das partes incorra em atos de corrupção. Tal medida, por mais segura que possa parecer, pode gerar prejuízos enormes para a negociação como um todo, não necessariamente refletindo o que de fato ocorreu. Os responsáveis pela prática de atos corruptivos devem ser punidos e ressarcir não apenas financeiramente, mas também de forma pessoal, tendo caráter muito mais correccional e de exemplo, pois o dano causado tem proporções gigantescas quando envolve a reputação de toda uma empresa, que por mais que tenha implementado programas de *compliance* eficientes, possua códigos de ética e conduta exemplares, o indivíduo pode ser corrompido.

¹³Ibidem.

5 CONCLUSÃO

As cláusulas anticorrupção vêm sendo implementadas das mais diversas formas e, muitas vezes, sem os devidos cuidados - nos casos de atividades reguladas -, o que faz com que sejam criadas cláusulas genéricas e que não reflitam a necessidade da empresa quando contratando com outra parte. Isso faz com que algumas cláusulas gerem mais dúvidas que soluções no momento de se resolver um contrato por algum ato de corrupção.

Em contrapartida, nos casos em que as cláusulas são redigidas de forma extensa e rigorosamente controladas, barreiras são criadas no intuito de dirimir a corrupção podendo, em muitos casos, gerar um reflexo negativo. Isto devido à transferência, até certo ponto, da responsabilidade de fiscalização para a parte que exige isso no contrato, bem como à elevação dos custos, que nem sempre são aproveitados da melhor maneira possível.

Frisa-se que é de difícil aceitação que ainda exista boa-fé pairando sobre o contrato nos casos em que se verifica um ato de corrupção, pois percebe-se o dolo na prática do delito, o que por si só demonstra, mesmo que de maneira indireta, que houve a intenção de se obter vantagem indevida. É nesse contexto que o reflexo de uma cláusula bem redigida - que se comunique com os códigos de ética e conduta entre as empresas -, faz com que os riscos da corrupção sejam suprimidos. Tendo isso em mente e atentando para a questão que envolve a responsabilização nos crimes de corrupção, a lei 12.846/13 faz com que a implementação de programas de *compliance* seja eficiente e não apenas aparente, o que transforma a cultura da empresa.

Dessa forma conclui-se que os pontos a serem observados na elaboração de uma cláusula anticorrupção, com as devidas ressalvas¹⁴ são: a necessidade de (i) limitar as ferramentas de controle a algo plausível para a realidade da empresa; (ii) verificar a compatibilidade dos códigos de ética e conduta das empresas e suas relacionadas; (iii) verificar nos órgãos responsáveis se houve algum envolvimento da empresa por prática de corrupção; (iv) conhecer quais as práticas desenvolvidas pela outra parte para apurar eventuais desvios de condutas; (v) estabelecer níveis de responsabilidade e indicadores

¹⁴ Tem-se nesse trabalho as ressalvas de atividades reguladas e empresas listadas em outras bolsas

de qual área seria responsável em determinada falha; (vi) estabelecer tipos de penalidades e multas para determinados atos que possam manter a vigência do contrato (“*pacta sunt servanda*”); (vii) e criar regras de reporte quando determinada conduta for verificada pela própria parte, podendo escalonar formas com o item (vi).

REFERÊNCIAS

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal Compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 59, jan. 2013.

CARVALHOSA, M. *Considerações sobre a Lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei n. 12.846 de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DEBBIO, A. et al. *Temas de anticorrupção e compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DON, Peppers; ROGERS, Martha. *Confiança extrema: a honestidade como vantagem competitiva*. Tradução de Ricardo Bastos Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FERNANDES, W. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIOVANINI, W. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo: s.n., 1 ed., 2014

ICC. International Chamber of Commerce. *Cláusula anticorrupção da ICC*. S.l.: International Chamber of Commerce, 2012. Disponível em: <http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/clausula_anticorruptao_da_icc.pdf>.

LAVA JATO. *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>> Acesso em: 19 de maio de 2016.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Translated by Rhodes Barrett. New Brunswick, USA: Transaction Publishers, 2006.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015 105 Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MONTEIRO, A. P. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

PATRUS-PENA, Roberto; CASTRO, Paula Pessoa de. *Ética nos negócios: condições, desafios e riscos*. São Paulo: Atlas, 2010.

PLANALTO CENTRAL. BRASÍLIA, D.F., 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Lei 12.846 exige cuidado na elaboração de cláusulas sociais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/rodrigo-reboucas-lei-12846-exige-cuidado-elaboracao-clausulas-sociais#top>> Acesso em: 15 jul. 2016.

SIBILLE, D. *Cláusulas anticorrupção*. S.l.: Legal Ethics Compliance, 2016. Disponível em: <<http://www.lecnews.com/web/clausulas-anticorruptcao/>>. Acesso em: 27 de maio de 2016.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas. v. 2. 10 ed., 2010.

VERÇOSA, H. M. D. *Direito comercial: teoria geral do contrato*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 4. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (IT). *Corruption perceptions index 2013*. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2013/>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

UNODC. *Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Disponível em: <www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html> Acesso em: 15 jul. 2016.

USPJ. The United States Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act. United States of America: Fraud Section, s/d. Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em: 25 de maio de 2016.