

Gabardo, Emerson; E Castella, Gabriel Morettini  
La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y  
los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas  
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 2, núm. 1, 2015, Enero-Junio  
Universidad Nacional del Litoral  
Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969786004>

# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 2 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2015 | ISSN 2362-583X  
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo  
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



# LA NUEVA LEY ANTICORRUPCIÓN BRASILEÑA: ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y LOS MECANISMOS DE RESPONSABILIZACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

## THE NEW BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION ACT: CONTROVERSIAL ASPECTS AND PENALTY MECHANISMS OF PRIVATE ENTITIES

EMERSON GABARDO

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Federal de Paraná y de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Postdoctorado en Derecho Público Comparado por la Fordham University School of Law – N.Y. Doctor en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná y Magíster en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná. Director Ejecutivo del NINC – Núcleo de Investigaciones Constitucionales del Programa de Maestría y Doctorado de la Universidad Federal de Paraná. E-mail: e.gab@uol.com.br

GABRIEL MORETTINI E CASTELLA

Becario PIBIC/CNPq en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: gabriel\_ca\_stella@hotmail.com

Recibido el: 20.01.2015

Aprobado el: 27.02.2015

## RESUMEN

El presente artículo trata sobre la más reciente norma de combate de la corrupción en Brasil, la Ley 12.846, de 2013 – que pasó a ser llamada de “Ley Anticorrupción Empresarial”. De forma novedosa, la norma bajo examen trajo para el ordenamiento jurídico patrio un conjunto de medidas preventivas y represivas de combate de la corrupción, ante las personas jurídicas. El artículo busca describir sus principales puntos de interés, como también analizar los problemas inherentes a la falta de regulación del procedimiento administrativo, a la ausencia de criterios para la aplicación de las sanciones, como también de las circunstancias atenuantes y la naturaleza de la responsabilidad objetiva. Ante dicha problemática, el texto tiene como objetivo elaborar un estudio sobre la cuestión de la descentralización de la conducción de los procedimientos administrativos. Por fin, se debate la regulación de los programas de *compliance*.

**Palabras-clave:** corrupción; empresa; *compliance*; Ley Anticorrupción (nº 12.846/2013); moralidad administrativa; interés público.

## ABSTRACT

*This article discusses the latest standard of combating corruption in Brazil, Law 12,846, 2013 - which came to be called "Law Business Anti-Corruption". In an innovative way, the provision in question internalized in national legal system a set of anti-corruption measures, preventive and repressive, due to legal entities. The article aims to describe its main points of interest as well as analyze the inherent problems the lack of regulation of the administrative process, the absence of criteria for applying the sanctions, as well as mitigating circumstances and the nature of strict liability. In the face of such questioning, the paper aims to conduct a study on the issue of decentralization of the conduct of administrative proceedings. Finally, discusses the regulation of compliance programs.*

**Keywords:** corruption; company; *compliance*; Anti-corruption Act (n. 12.846/2013); administrative morality; public interest.



## SUMARIO

**1. Introducción. 2. De la esfera de cumplimiento de la Ley y la responsabilización de la persona jurídica. 3. De los actos lesivos y las consecuencias de sus condenaciones. 4. El *Compliance* y la Ley 12.846/2013. 5. Referencias.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Diversos doctrinadores se dedicaron a elucidar el fenómeno de la corrupción<sup>1</sup>, arriesgándose a delimitar y establecer un criterio objetivo para definir la figura.<sup>2</sup> Parece haber un fuerte consenso de que ella es percibida como un acto portador de una gran nocividad al interés público (aunque no existan fuertes controversias en lo que se refiere al concepto de interés público – principalmente en Estados de carácter intervencionista y social, como es el caso de Brasil).<sup>3</sup> Autores como Rogério Gesta Leal destacan, en esta esfera, el impacto de los fenómenos corruptos en la posibilidad de consecución de los derechos fundamentales.<sup>4</sup> De este modo, ha sido común el entendimiento de que la corrupción es una figura capaz de, en su límite, influir incluso en el desarrollo económico-social de un país todo.<sup>5</sup>

Al observar dicho panorama, atendiendo a los compromisos internacionales asumidos en convenciones de la ONU, OEA y, principalmente, de la OCDE, la República Federativa de Brasil, en agosto de 2013, aprobó el Proyecto de Ley 6.826/2010, creando la llamada ley anticorrupción empresarial Ley nº 12.846/2013).<sup>6</sup> Diferentes países crearon normas semejantes en la última década.<sup>7</sup> En Brasil, su contenido fue en gran parte

<sup>1</sup> Sostienen que, popularmente, la corrupción puede abarcar una serie de actos que involucran el lucro ilícito, el fraude, la falsificación, malversación, soborno, y otros, volviéndose difícil elaborar un concepto único sobre el fenómeno, pudiendo ser observado en una escala casi infinita, partiendo de pequeños desvíos de comportamiento al delito organizado. BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. *Revista Brasileira de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>. Acceso el: 25 Jun. 2014.

<sup>2</sup> En este sentido, Felipe Eduardo Hideo Hayashi argumenta que, dentro de un sistema normativo jurídico, es la ley que determinará qué es considerado corrupción, observando la cultura, las costumbres y los valores impregnados en un dado momento histórico de la sociedad objeto de la aplicación de la norma, clasificando ciertas conductas como ilícitos de naturaleza penal, civil o administrativa. HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. **Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável**. 2014. Disertación (Máster) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. Disponible en: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2707](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2707)>. Acceso en: 27 de jun. 2014.

<sup>3</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 316 y ss.

<sup>4</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013, p. 32 y ss.

<sup>5</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 18, n.89, p.429-470, mar.2011.

<sup>6</sup> RAMINA, Larissa O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>7</sup> Pese a que la pionera y más antigua sea la *Foreign Corrupt Practices Act*, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1977, la mayoría surgió muy recientemente. Por ejemplo, la Ley británica es de 2011, la ley



influido por otras legislaciones precedentes, como la Ley nº 8.666/93 (Ley de Licitaciones), la Ley nº 8.429/92 (Ley de Improbidad Administrativa) y la Ley nº 8.884/94 (Ley del CADE – Consejo Administrativo de Defensa Económica).

Como muy bien expuso Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dicha norma ingresó en el denominado “*sistema legal de defensa de la moralidad*”, compuesto por la Ley nº 8.429/1992 (Ley de Combate de la Improbidad Administrativa), por la parte penal de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos (arts. 90 et seq de la Ley nº 8.666/93), por la Ley nº 12.259/2011 (Ley de Defensa de la Competencia), por la Ley Complementaria nº 135/2010 (Ley de la ‘Ficha Limpia’), por los arts. 312 et seq del Código Penal, que disciplinan los delitos practicados en contra de la Administración Pública.<sup>8</sup>

Teniendo como base leyes preexistentes y llenando sus lagunas, la nueva Ley brasileña anticorrupción empresarial objetiva conferir al poder público unos mecanismos eficaces y céleres para responsabilizar, educar y obtener el resarcimiento de recursos públicos ante actos de corrupción y fraudes practicados por personas jurídicas y sus agentes en contra de la Administración Pública, especialmente en las licitaciones públicas y en la ejecución de los contratos, habiendo adoptado una serie de institutos, entre ellos, la responsabilización objetiva de las personas jurídicas.<sup>9</sup> Sin embargo, su ámbito de aplicación es bastante amplio y abarca cualquier tipo de persona jurídica, independientemente de su forma de organización.<sup>10</sup>

A pesar de responsabilizar personas jurídicas civil y administrativamente por soborno de autoridades locales y extranjeras, y otros actos ilegales, la Ley Anticorrupción favorece a las empresas que tienen programas de *compliance*, los que se constituyen, según previsión legal, en mecanismos y procedimientos internos de integridad, auditoría e incentivo a la denuncia de irregularidades y a la aplicación efectiva de códigos de ética y de conducta en el ámbito de la persona jurídica. Esto conforme dispone el art. 7º, inciso VIII, de dicha Ley.

Todavía, la ausencia de un mayor detalle en lo que se refiere a la aplicabilidad de la ley en diversos de sus dispositivos al nivel de los Estados miembros de la Federación y al de los municipios dificulta la orientación de las conductas y comportamientos de las personas jurídicas interesadas en contratar con la Administración Pública, una vez que

---

mexicana es de 2012 y la ley rusa, así como la brasileña, es de 2013.

<sup>8</sup> MOREIRA NETO, DIOGO de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p.9-20, fev. 2014.

<sup>9</sup> ORTOLAN, Marcelo A.B; ROCHA, I.G; REIS, Felipe A, P. Combate à Corrupção Nas Licitações e Contratos Públicos – Questões Centrais Do Projeto de Lei nº6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159-199.

<sup>10</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. In: NASCIMENTO, Marcelo Diniz do. **Lei Anticorrupção Empresarial**: aspectos críticos à Lei 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 37.



la ausencia de regulación podrá resultar en aplicaciones distorsionadas, provocando una indeseable y agudizada inseguridad en las sociedades empresariales. Aún después de más de año de su aprobación (y ya habiendo pasado algunos meses de su vigencia), el Derecho reglamentario federal todavía no fue editado. Algunos Estados ya están haciendo su propia regulación. Ocurre que, cuanto más discrepante sean las regulaciones de cada ente federado, ciertamente mayores serán las controversias existentes, como también la inseguridad jurídica inherente al sistema. Luego, se tiene que la norma sancionadora debe ser clara y precisa, de modo a permitir la garantía de un mínimo de previsibilidad de comportamiento por parte de los agentes económicos.<sup>11</sup>

## 2. DE LA ESFERA DE CUMPLIMIENTO DE LA LEY Y LA RESPONSABILIZACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

La Ley adopta como marco político la responsabilidad objetiva de la persona jurídica con el objetivo de ofrecer a la Administración Pública medios eficaces para responsabilizar las personas jurídicas corruptas.<sup>12</sup> La legislación brasileña preveía solamente medios de responsabilización subjetiva de las personas jurídicas no estatales y no prestadoras de servicios públicos, lo que demandaba su persecución por medio de morosas demandas judiciales y la difícil comprobación del dolo o mala fe de estos agentes.<sup>13</sup>

Es importante destacar que, hasta la creación de dicha norma, todavía no había en Brasil ninguna ley que volviera posible la aplicación de penalidades a las personas jurídicas involucradas específicamente en casos de soborno extranjero, en una directa ofensa al art. 2º de la Convención de la OCDE sobre combate de la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

Así, antes de la vigencia de la Ley Anticorrupción, el procedimiento de responsabilización de los agentes corruptos, como regla general, tardaba y era de difícil comprobación, ocasionando, en la mayor parte de los casos, el no alcance del patrimonio de la persona jurídica, no recibiendo ninguna sanción, incluso cuando se haya beneficiado con los efectos económicos resultantes del ilícito perpetrado. Conviene resaltar que la

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Pùblico – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43out./dez. 2013. Disponible en:<<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9886>. Acceso el: 24 Abr. 2014.

<sup>12</sup> Se verifica que el objetivo de la Ley 12.846/2013, desde su creación, como se puede observar en su exposición de motivos, es dificultar la práctica de actos corruptos, de fraudes en procedimientos de licitación y de otras acciones que puedan causar daños al ente público. Para tanto, se estipuló en el artigo 2º de la Ley en cuestión la responsabilización objetiva de las personas jurídicas por actos lesivos a la Administración Pública nacional y extranjera, añadiendo al ordenamiento jurídico una nueva forma de imputación por actos de corrupción y fraude en licitaciones y contratos administrativos. CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). **Revista de Direito Pùblico da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 131-170, abr./jun. 2014.

<sup>13</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 233 y ss.



teoría de la responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el art. 37, §6º de la Constitución Federal de 1988<sup>14</sup>, provocando el deber del Estado de indemnizar en razón de la práctica del acto ilícito, o incluso de acto ilícito de tercero que produzca lesión en la esfera jurídicamente protegida. Todavía, se trata de una responsabilidad de carácter compensatorio e independiente de práctica del acto ilícito. Por lo tanto, es una forma de responsabilización objetiva diversa de aquella de la Ley Anticorrupción.

Autores como Jorge U. Jacoby y Karina A. Sampaio levantan, sin embargo, la cuestión relativa a las inconstitucionalidades de la ley, principalmente en lo que respecta a la previsión de la responsabilización objetiva de la persona jurídica. En síntesis, argumentan los autores: *“a Lei no 12.846/13 fere direito fundamental sobre a individualização da pena e a responsabilidade objetiva; ultrapassa a pessoa do condenado, ferindo as disposições constitucionais que asseguram tais direitos”*.<sup>15</sup>

Autores como Fábio Medina Osório, sin embargo, concluyen de forma diversa, sugiriendo que no hay inconstitucionalidad en la previsión legal de la responsabilidad objetiva. La Constitución Federal y las demás leyes, según el autor, no establecen ningún impedimento para institución de la responsabilidad objetiva a la persona jurídica. Sostiene también no haber impedimento para establecerse la responsabilidad con base en otros criterios. Además, la Constitución brasileña no habría establecido un régimen unitario de responsabilización para personas físicas y jurídicas, habiendo una clara ruptura en el requisito de la culpabilidad entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.<sup>16</sup> La cuestión realmente no es pacífica. Hay autores, aún, como Rafael Munhoz de Mello y Alejandro Nieto, que sostienen que la incidencia del principio de culpabilidad alejaría la posibilidad de incidencia de responsabilidad objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador.<sup>17</sup>

Según Pierpaolo Cruz Bottini, la culpabilidad es la entidad que legitima la sanción, una vez que determina si el ilícito es fruto de la intención o de la falta de atención de alguien. Teniendo esto en cuenta, argumenta que la culpabilidad de la persona jurídica involucrada en un acto ilícito puede ser reconocida por su actitud, instituida en la dirección de las medidas internas adoptadas para prevenir ilícitos (culpabilidad proactiva) o que la *“culpabilidad”* es una medida de acuerdo con las medidas de reacción a la identificación de la práctica del ilícito (culpabilidad reactiva). Sin embargo, en lo que se

<sup>14</sup> *“§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

<sup>15</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>16</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2009, p.380-381.

<sup>17</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186-187.



refiere a la persona jurídica, que no “*tiene ninguna participación para la práctica del acto, disponiendo de un sistema de integridad que haya detectado el acto*”, será sancionada con las sanciones previstas en los arts. 6º y/o 19 de la Ley Anticorrupción. Así, sostiene haber la ofensa al principio de intrascendencia de la pena, previsto en el art. 5º, XLV, reprimiendo una conducta sin culpabilidad.<sup>18</sup>

No obstante, analizándose todas las posiciones, no parece correcta esta interpretación que sostiene la inconstitucionalidad. La Constitución brasileña no exige o establece una forma de culpabilidad a priori para las personas jurídicas. Así, y considerando la libertad de innovación del legislador, no parece haber ningún impedimento para la previsión innovadora de responsabilidad objetiva para la persona jurídica, aplicable en el ámbito administrativo. De hecho, en estos casos, la respuesta más adecuada se encontraría en el Derecho Administrativo Sancionador y no en el Derecho Penal (que demanda la comprobación del elemento subjetivo de la conducta), ya que las personas jurídicas, al protagonizar actos ilícitos, tapan estructuras humanas detrás de un ente ficticio, con personalidad y patrimonio distinto de las personas físicas que la integran, lo que vuelve muy difícil la comprobación del dolo o culpa de su conducta.

La ley dispone sobre la responsabilización objetiva de la persona jurídica por actos lesivos practicados en su beneficio o interés por cualquiera de sus agentes que tengan todavía actuado sin poderes de representación o sin autorización superior, e incluso que el acto practicado no proporcione ventaja efectiva a ella o que eventual ventaja no la beneficie directa o exclusivamente.

La responsabilidad de la persona jurídica por acto de agente que haya actuado sin poderes de representación o sin autorización superior solamente podría ocurrir con la comprobación de la efectiva culpa de la persona jurídica. De lo contrario, se estaría responsabilizando objetivamente la persona jurídica por acto de tercero, lo que es flagrantemente inconstitucional.

Esto porque incluso la responsabilidad objetiva demanda la demostración del nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. No siendo comprobado el nexo, no hay como hablar en responsabilización.<sup>19</sup> Por fin, pese a que la Ley imponga la responsabilización de la persona jurídica incluso cuando el acto practicado no proporcione a ella ventaja efectiva o que eventual ventaja no la beneficie directa o

<sup>18</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito de Defesa: a controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção.** Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao>. Acceso el: 13. Jan.2015.

<sup>19</sup> En este sentido: “*A referida lei, em seu artigo 2º, institui uma nova hipótese de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. Não obstante, é relevante destacar-se que não se trata de responsabilidade pelo risco integral, de sorte que, caso a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção logre comprovar o rompimento do nexo de causalidade do ato com a sua conduta, não há que se falar na aplicação das sanções previstas nos artigos 6º e 19 da Lei.*” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. **A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas.** Op. cit.



exclusivamente, esto no significa que el daño, algunas veces, no necesitará ser comprobado. Al revés, el daño deberá ser demostrado siempre, para fines de responsabilizar una persona jurídica por conducta lesiva a la Administración Pública.

Así, por la teoría de la responsabilidad objetiva, siendo la idea de la culpa sustituida por la del nexo de causalidad, basta con que sean demostrados (a) la práctica del acto ilícito; (b) por el agente de la persona jurídica; (c) nexo de causalidad entre la conducta y el daño; (d) y el daño.<sup>20</sup> De esta forma, en la ausencia de cualquiera de estos elementos, resta alejada la responsabilidad de la persona jurídica.

Y una vez puesta la cuestión para el plan de la causalidad, también pueden incidir otras hipótesis excluyentes y atenuantes de la responsabilidad.<sup>21</sup> Y, finalmente, es necesario resaltar que, si el acto lesivo fue causado por un acto imputable a la Administración Pública o, cualquier forma, por acto que no tenga un nexo de causalidad con la persona jurídica, ella no será responsabilizada.

La ley establece, aún, la responsabilidad solidaria de todas las personas físicas integrantes del cuadro societario que tengan poder de dirección, por acto lesivo practicado por la persona jurídica, que tiene como objetivo instituir una entidad que tenga autonomía patrimonial de aquellas personas naturales que la integran.

En este sentido, a fin de superar la autonomía patrimonial de la personalidad jurídica y destacar la posibilidad de responsabilización individual de los dirigentes, administradores o de otros socios coautores o partícipes del acto lesivo, la Ley abrió la posibilidad de la desconsideración de la persona jurídica en el ámbito administrativo, siempre que utilizada para la práctica de los actos lesivos tipificados, con abuso de derecho o con confusión patrimonial, lo que resulta en un óptimo avance legislativo. Paralelamente, fue prevista la responsabilización solidaria de las entidades integrantes del grupo económico, sean de hecho o de derecho, por la práctica de los actos dispuestos en la ley.<sup>22</sup>

Con relación a la esfera del cumplimiento de la Ley Anticorrupción, se verifica que ella concede para todos los Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) de todos los niveles federativos (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios), la competencia para la presentación y juicio de procedimientos administrativos de apuración de responsabilidad de la persona jurídica. Además, tiene como objetivo ser aplicada en todas las personas jurídicas, independientemente de su forma de organización, desde que practiquen actos lesivos en contra de la Administración Pública nacional y extranjera.

<sup>20</sup> Algunos doctrinadores fundamentan que, para la configuración de la responsabilidad objetiva, además de los requisitos presentados, debe haber el beneficio directo o potencial de la persona jurídica, en razón de la práctica del acto ilícito, entre ellos: SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção/** José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini, Ubirajara Costódio Filho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1087.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. **A juridicidade da lei anticorrupção:** reflexões e interpretações prospectivas. *Op. cit.*



Sin embargo, en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, la Contraloría General de la Unión tendrá una potestad concurrente para la presentación de procedimientos administrativos de responsabilización de personas jurídicas y podrá avocar los procedimientos presentados por órganos y entidades con fundamento en esta ley, para corregir su marcha y desarrollo. La Ley, no obstante, silencia sobre la existencia de potestad concurrente para eventuales órganos de control interno existentes en los Estados, Distrito Federal o Municipios.

Justamente por el ámbito de aplicación de la Ley ser tan amplio, se debe tener un cuidado especial con las disposiciones relativas al procedimiento legislativo, una vez que la capacidad administrativa y técnica entre el gobierno federal, los gobiernos estatales y los gobiernos municipales son enormes. Se constata, sin embargo, que dicho cuidado no fue considerado por la Ley.

Por dichas razones, se cree que el gran desafío actual es encontrar una solución que concilie la abismal diferencia entre la capacidad administrativa y técnica del gobierno federal y la de los gobiernos estatales y municipales y que aleje la elevada inseguridad jurídica que fue generada por la posibilidad de aplicación no uniforme de la ley por un sinnúmero de órganos o entidades administrativas. Dicho esto, se vuelve necesario debatir la estandarización del sistema jurídico vigente, lo que favorece la propagación de decisiones paralelas y no jerarquizadas. Ciertamente, una conducción centralizada del procedimiento administrativo garantiría una mayor eficiencia en la aplicación de la Ley.<sup>23</sup>

### 3. DE LOS ACTOS LESIVOS Y LAS CONSECUENCIAS DE SUS CONDENACIONES

El gran enfoque de las conductas tipificadas en la ley se vuelca al combate de actos de fraude y corrupción practicados en el curso de las licitaciones y contratos administrativos en contra del Poder Público. El proyecto gana destaque por su actual importancia pragmática. Las conductas administrativamente punibles previstas en el proyecto de ley se asemejan a los tipos penales descritos en la Ley nº 8.666/93 (Ley de Licitaciones), y la gran novedad es la posibilidad de sanción de dichas conductas sin la comprobación del elemento subjetivo (dolo), por cuenta del marco de responsabilización objetiva, que exige solamente la comprobación del nexo de causalidad.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Se cita, como ejemplo, la aplicación de la FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), que utiliza un sistema centralizado para el uso de sanciones, aplicado por la U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) e pelo Ministério da Justiça americano (Departamento f Justice)- DOI. El valor total de la recaudación, resultante de las sanciones, en 2010, fue superior a U\$1 ,7 mil millones. ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Igor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos – questões centrais do projeto de lei no 6.826/2010. *Op. cit.*, p. 169 y ss.

<sup>24</sup> ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Igor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. **Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos – questões centrais do projeto de lei no 6.826/2010.** *Op. cit.*, p. 169 y ss.



Las sanciones previstas por la práctica de actos lesivos a la Administración alcanzan su finalidad represiva, una vez que son muy adecuadas y eficientes para punir las personas jurídicas corruptas. Por fin, es importante destacar la particular efectividad que la aplicación administrativa de las penas de multa en el valor de 0,1% a 20% (o entonces, en el valor de R\$ mil a R\$ 60 millones), y de la publicación extraordinaria de la pena, pueden tener para punir las personas jurídicas corruptas, desestimulando la práctica de dichos actos. No se puede perder de vista, sin embargo, que la efectividad de la ley está directamente relacionada con la efectividad del procedimiento administrativo sancionador previsto.<sup>25</sup>

Una de las principales críticas se refiere a la elevada discrecionalidad del juzgador en la aplicación de las sanciones previstas, en virtud de la absoluta inexistencia de vinculación objetiva entre los tipos de sanciones aplicables a cada acto lesivo tipificado, generando decisiones contradictorias y una expresiva inseguridad jurídica. Además, existe el problema de que muchos de los criterios previstos para el juzgador tener en cuenta en el momento de la aplicación de las sanciones son inoportunas o incluso repetidos.<sup>26</sup>

En este camino, también deben ser considerados criterios adicionales en el momento de la *"dosimetría de la sanción"*, más allá de los atenuantes y agravantes contenidos en la Ley, entre los cuales pueden destacarse: el histórico de conductas semejantes, incluyendo condenaciones penales, civiles y de naturaleza administrativa en contra de la persona jurídica; y la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción ante el daño.

La Constitución Federal de 1988 consagra en su art. 37, §4º, la independencia de las instancias penales, administrativas y civiles en la responsabilización de agentes por la práctica de ilícitos.<sup>27</sup> Y la doctrina confirma este supuesto.<sup>28</sup> Impera, por lo tanto, la independencia entre la responsabilización penal por delito y civil-administrativa por actos de improbadidad administrativa en relación con los mismos hechos. La Ley Anticorrupción adopta un reglamento en este sentido.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. **A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas.** *Op. cit.*

<sup>26</sup> Cabe observar la advertencia anunciada por Pierpaolo Bottini: “*Sua natureza penal, ou quase-penal, impede a analogia ou o recurso a fontes que extrapolam o teor literal dos dispositivos. Assim, por exemplo, quando a lei fixa como ilícito o uso de interposta pessoa jurídica para dissimular reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados*” (artigo 5º, III), a sanção somente poderá recair sobre aquele que usa a pessoa jurídica interposta e não sobre a própria pessoa jurídica interposta. Talvez essa não tenha sido a ideia do legislador, talvez pretendesse responsabilizar também a pessoa jurídica usada, mas uma interpretação que não violento o conteúdo semântico dos termos empregados na lei, — única possível para textos penais e similares — impede tal extensão.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta.** *Op. cit.*

<sup>27</sup> “Art. 37 (...) § 4º – Os atos de improbadade 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.”

<sup>28</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** *Op. cit.*, p.322.



La Carta Magna de 1988, sin embargo, también establece el principio de veda de acumulación de sanciones o el principio de *non bis in idem*, que resulta del principio constitucional de proporcionalidad y dispone que nadie pueda ser condenado dos o más veces por un mismo hecho. Este axioma es de reconocimiento internacional, siendo objeto de diversos tratados celebrados por Brasil, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de San José de Costa Rica.<sup>29</sup>

No obstante, aunque existan semejanzas entre los actos lesivos previstos en la Ley 12.846/2013, con las conductas de improbadidad administrativa y de las normas generales de licitaciones, es importante destacar lo expuesto en el art. 30 de la Ley Anticorrupción. El dispositivo mencionado declara expresamente que la aplicación de las sanciones previstas en esta ley no afecta a los procedimientos de responsabilización y aplicación de penalidades resultantes de un acto de improbadidad administrativa y actos ilícitos alcanzados por la Ley n° 8.429, del 2 de junio de 1992, como también por las conductas alcanzadas por la Ley n° 8.666, del 21 de junio de 1993, u otras normas de licitación y contratos de la administración pública, incluso en lo que se refiere al régimen Diferenciado de Contratación Pública – RDC, instituido por la Ley n° 12.462, del 4 de agosto de 2011.

El problema surge cuando se comparan las sanciones civiles-administrativas dispuestas en la nueva ley, con aquellas sanciones civiles-administrativas previstas en la Ley de Improbidad Administrativa, una vez que las penas de resarcimiento integral del daño, de multa civil, de prohibición de contratar con el Poder Público y de la prohibición de recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, del Poder Público, se repiten. De esta manera, se vuelve necesario debatir si la responsabilización de personas jurídicas en diferentes esferas jurídicas por los mismos hechos y fundamentos incurría en la violación del *non bis in idem* o sería una mera consecuencia de la independencia de las instancias.

El Supremo Tribunal Federal ya abordó la cuestión directamente, posicionándose en el sentido de que una misma conducta, caracterizada tanto como un ilícito administrativo como una contravención penal, podría ser objeto de sanciones en ambas vías. El juicio se pauta en el argumento de que las diferentes disciplinas legales del hecho tenían diferentes fundamentaciones, haciendo que su aplicación simultanea no resultaría en *bis in idem*.<sup>30</sup> Desde entonces, varios otros tribunales ya fueron provocados a manifestarse sobre el tema y, siguiendo la posición adoptada por el STF, se fijaron dos premisas esenciales a su favor: la prevalencia del principio de independencia de instancias y mayor reducción de impunidad por la multiplicidad de ámbito procesal

<sup>29</sup> Véase el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8º, n. 4 del Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>30</sup> Fallo del HC 62196 MG, proferido el 26/2/85, 1<sup>a</sup> Turma, rel. Min. Rafael Mayer.



simultáneos.<sup>31</sup> En relación con la primera premisa, se debe observar que, actualmente, con base en nuevas lecciones doctrinales y estudios de derecho comparado, hay autores que han sostenido una contraposición a este entendimiento. En esta línea, cuestionando la actual conformación del supuesto de la prevalencia de la independencia de instancias, se encuentra Fábio Medina Osório.<sup>32</sup>

Es decir, una protección de la independencia de las instancias no puede ser absoluta, ya que puede resultar en un aislamiento que sería, en realidad, contraria a su fundamento en la división de los Poderes. Una dimensión de relativización de la independencia de las esferas jurídicas se debe al carácter imperativo de toda la actuación estatal en observar criterios de seguridad y coherencia, lo que pasa a justificar una vinculación relativa entre las instancias. En segundo lugar, en lo que se refiere a la premisa de que la desconsideración de la vida del *bis in idem* llevaría a una reducción de la impunidad, Osório sostiene que la impunidad no resulta de la insuficiencia de las instituciones de control y represión al apurar irregularidades, sino de un déficit de eficiencia sobre el vaciado de la prohibición del *bis in idem*, que sólo resulta en la supresión de derechos y garantías, no en la mejora de la actuación.<sup>33</sup>

Ante esto, y considerando la actual concepción de independencia de las instancias, se levanta la cuestión: debido a un mismo hecho, ¿podrá ser aplicada a la persona jurídica dos sanciones de naturaleza idéntica, sin embargo, una con fundamento en la Ley Anticorrupción y otra con fundamento en la Ley de Improbidad? La respuesta no es clara, pero parece razonable suponer que sí (considerando la actual jurisprudencia brasileña). No obstante, en el plan material, es posible y recomendable un enfoque permitiendo compensaciones y atenuantes de penas, a partir de una visión unificadora de las sanciones y del Derecho Punitivo. Es necesario que sea considerado de alguna forma el principio del *non bis in idem*.

Es cierto que la Constitución atesta que la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley, como regla general, no impide la responsabilización de los agentes por la práctica de improbadidad administrativa. Sin embargo, cuando sobre los mismos hechos pudieran incidir dos sanciones idénticas (de misma naturaleza civil-administrativa), a ser soportadas por la misma persona jurídica, se entiende que así habría una acumulación inconstitucional de penas (por ofensa a los principios de proporcionalidad y del *non bis in idem*).

Cabe resaltar que la Corte Constitucional de España, en la sentencia (STC) 177/99, decidió que el soporte fáctico ya evaluado y sancionado por una instancia perfectamente adecuada a su teleología conduce a un impedimento a la acumulación de

<sup>31</sup> STJ, 5<sup>a</sup> Turma, Min. Laurita Vaz, MS 4736, juzgado el 27/5/03 y TRF de la 4<sup>a</sup> Región, 3<sup>a</sup> Turma en el fallo del Agravo de Instrumento 123023, proc. 200204010575245 PR.

<sup>32</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** *Op. Cit.*, p. 238.

<sup>33</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** *Op. Cit.*, p. 282-283.



sanciones provenientes de otras esferas.<sup>34</sup> También en la doctrina brasileña hay opiniones favorables a esta tesis.<sup>35</sup> Pero el punto más interesante es la posibilidad de *"delación premiada"* y de reducción de la pena cuando ya existe un sistema de *compliance* en la entidad acusada.<sup>36</sup> Se tratan de preceptos innovadores, pero que ciertamente exigirán una integración normativa por medio de decreto regulatorio.

#### 4. EL COMPLIANCE Y LA LEY 12.846/2013

El *compliance* surge como una herramienta de control, protección y prevención de posibles prácticas criminosas en las empresas, como un valioso instrumento de transferencia de responsabilidad, evitándose o amenizando, así, la responsabilidad objetiva de la persona jurídica. De esta forma, se vuelve necesario investigar las directrices para la elaboración de Programas de Prevención efectivos, según las normas nacionales e internacionales.

En Brasil, uno de los primeros documentos registrados que pasan a tratar sobre la estructura de los controles internos ha surgido con la publicación de la Resolución n° 2.554, de 24 de septiembre de 1998, aprobada por el Consejo Monetario Nacional. La norma mencionada tuvo su origen inspirada en el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, donde se emitió en el mismo año un documento describiendo trece principios fundamentales de un sistema de control interno.<sup>37</sup>

Aún, merecen atención las innovaciones resultantes de la Ley 12.683/12, como también de la Resolución 20 del Coaf (Consejo de Actividades Financieras), órgano creado para el combate del delito de blanqueo de capitales y para la recuperación de activos. Esto puesto, buena parte de la doctrina se pregunta: ¿Cómo sería posible conciliar los deberes de *compliance*, sus sanciones administrativas, como también el derecho de no hacer pruebas en contra de su mismo?<sup>38</sup>

<sup>34</sup> En la STC 177/99, se enfrentó la imposición de sanción de un delito ambiental que ya había sido castigado en la esfera administrativa. Se Juzgó que los aspectos que especializaban la norma penal serían irrelevantes para el efecto de distinguir las razones de la punición administrativa ya aplicada.

<sup>35</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador.** *Op. Cit.*, p. 210.

<sup>36</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Véras de. **A juridicidade da lei anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas.** *Op. cit.*

<sup>37</sup> GRAZZIOTIN, Carlos Augusto. **Controles Internos e Gestão de Riscos em Instituições Financeiras.** Disponible en: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4259/000349159.pdf?sequence=1>. Acceso el: 22 jul.2014.

<sup>38</sup> En síntesis, Gloeckner declara: *"Em se admitindo a hipótese de que as pessoas destinatárias dos deveres compliance possam sofrer as sanções administrativas pelo descumprimento das diretrizes normativas quando suspeitas ou acusadas de prática do delito de lavagem de dinheiro, haveria inevitavelmente uma grave violação do princípio do nemo tenetur se detegere."* GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Criminal Compliance, Lavagem De Dinheiro e o Processo De Relativização Do Nemo Tenetur se Detegere: Cultura Do Controle e Política Criminal Atuarial.* **XXI Congresso Nacional do COMPEDI**, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminología. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102.



Además de esto, cabe resaltar que las características de graves sanciones, sin recurrir a la criminalización, son propias del Derecho Administrativo Sancionador. De este modo, la Ley 9.613/98 parece establecer un verdadero Derecho Administrativo Sancionador para favorecer el cumplimiento de los deberes de *compliance* estipulados en las normas brasileñas. Así siendo, se debe reforzar que las actividades de *compliance* deben evaluar las situaciones enfrentadas por las personas jurídicas según la finalidad de cada empresa, poniendo en test su frecuencia.

Además, no se puede olvidar el Decreto Ministerial MJ 14/2004, alterada por el Decreto Ministerial MJ 48/2009, que establece las directrices para la elaboración de programas de *compliance* antitruste en Brasil, que podrán ser depositados en la SDE (Secretaría de Defensa Económica). La descripción del programa, expuesto en el Decreto Ministerial, deberá contener, entre otros elementos: (a) la creación de estándares y procedimientos claros con relación a la observancia de la legislación de defensa de la competencia por parte del cuadro de funcionarios del depositante; (b) la indicación y cualificación de dirigente con autoridad para coordinar y supervisar los objetivos propuestos en el programa; (c) la indicación del grado de delegación y fiscalización, por los dirigentes del depositante, de los poderes de negociación, como también de efectiva rendición de cuentas por parte de los funcionarios responsables de los contactos con los agentes de los mercados donde actúa el depositante; y (d) los mecanismos de disciplina eficientes para la identificación y punición de los involucrados con reales o potenciales infracciones al orden económico.

Por último, es esencial que se ratifique que las obligaciones que tiene el profesional responsable de los programas de *compliance* son obligaciones de medio y no de resultado. Debe, por lo tanto, orientar todos los esfuerzos necesarios, tomando en cuenta los recursos humanos y materiales que estén a la disposición, para la minimización de riesgos.<sup>39</sup>

De toda forma, es importante destacar que la adopción de programas de *compliance* en Brasil, aún con la creación de la Ley 12.846/2013, todavía no es obligatoria. Asimismo, aunque la persona jurídica decida elaborar un programa así, no está obligada a hacerlo en los moldes propuestos por el Decreto Ministerial MJ 48/2009. Al revés, ella tiene discrecionalidad para crear programas según sus rasgos específicos, de modo a prevenir la ocurrencia de ilícitos en el ámbito de la organización.<sup>40</sup> Luego, por consecuencia, en Brasil se hace necesaria la elaboración de ley específica que contemple, de

<sup>39</sup> CERVINI Raul. Quo vadis? – El cumplimiento normativo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 92. Ano 11. p.337.

<sup>40</sup> ROMANILO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: Os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. vol. 20. Jul 2011. p. 253.



forma expresa, los programas de *compliance* en las corporaciones, de forma reglamentaria las legislaciones genéricas entonces vigentes.

Como señalado anteriormente, la Ley Anticorrupción estimula las empresas a tener programas de *compliance*, pudiendo en razón de esto atenuar las posibles sanciones administrativas y/o judiciales. Sin embargo, incluso después de varios meses de vigencia de la Ley 12.846/2013, todavía se espera que el Gobierno Federal apruebe un reglamento sobre programas de *compliance*, generando una enorme inseguridad jurídica para las empresas interesadas en relacionarse con la administración pública.

En diversos eventos en los que los representantes de la Contraloría General de la Unión se han manifestado, permitiendo tener una primera impresión sobre la regulación de los programas de *compliance*, principalmente en relación con los criterios de evaluación. Se constata que los parámetros para evaluación serán basados en tres pilares: la estructura del programa; detalles sobre la persona jurídica; y una evaluación de la eficiencia del programa.<sup>41</sup>

En 13 de mayo de 2014 el municipio de São Paulo publicó el Decreto n° 55.107/14, que disciplina algunos de los dispositivos de la Ley Anticorrupción en el ámbito municipal. En lo que se refiere a los mecanismos de integridad, el Decreto, en su art. 24, fija los primeros parámetros para el reconocimiento del *compliance*, estableciendo que hasta la publicación por el Poder Ejecutivo Federal, del reglamento a que se refiere el caput del artículo mencionado, se considerará, única y exclusivamente, en el ámbito de la persona jurídica, la existencia de mecanismos y procedimientos consistentes de integridad y monitoreo, la efectividad de los sistemas de control interno, la utilización de códigos de ética y conducta para funcionarios y colaboradores, la existencia de sistemas de recibo y apuración de denuncias que aseguren el anonimato, la adopción de medidas de transparencia en la relación con el sector público y la realización periódica de entrenamiento con el intuito de promover la política de integridad.

Aunque haya sido publicado antes del Decreto del municipio de São Paulo, por medio del Decreto n° 10.271 del 21 de febrero de 2014, el Estado de Paraná se quedó en silencio en relación a la regulación de los programas de *compliance*. En el mismo sentido, dispone el Decreto n° 4.954, del 13 de diciembre de 2013, del Estado de Tocantins, el primero a reglamentar la Ley n° 12.846/2013, sin embargo, sin ninguna innovación en lo que respecta al dispuesto en el art. 7º, inciso VIII de dicha ley.

En la hipótesis sobre la incorporación o fusión de personas jurídicas, desde la elaboración del Proyecto de Ley n° 6.826/2010, la doctrina se atentaba a la necesidad de tenerse en cuenta en la aplicación de sanciones la adopción de programas de *compliance* por la persona jurídica sucesora, cuando las infracciones fueran posteriormente

<sup>41</sup> AYRES, Carlos. **Uma Atualização Sobre o Que Esperar da Iminente Regulamentação da Nova Lei Anticorrupção do Brasil**. Disponible en: <http://lecnews.com/novo/uma-atualizacao-sobre-o-que-esperar-da-iminente-regulamentacao-da-nova-lei-anticorrupcao-do-brasil/>. Acceso el: 22 Jul. 2014.



descubiertas.<sup>42</sup> El hecho es que la Ley 12.846/2013 revela un importante cambio, expandiendo los mecanismos punitivos para más allá del Derecho Penal. Cabe resaltar que es relevante la alteración del legislador ante el Derecho Penal, de modo que en la Ley Anticorrupción reconoció la existencia de otros mecanismos más adecuados al sistema jurídico-penal para alcanzar sus objetivos.<sup>43</sup>

No obstante, mucho se debate sobre cuál sería la real naturaleza de esta norma. Hay algunos autores que afirman que las consecuencias/sanciones, sus extensiones y gravedades son equiparadas a las penales, una vez que, para las personas jurídicas previstas en la Ley de Crímenes Ambientales (Ley nº 9.605/98) las sanciones son más blandas que las instituidas por la Ley Anticorrupción.<sup>44</sup> Sin embargo, el peso simbólico de las sanciones administrativas también está presente en el efecto preventivo. La atribución de la responsabilidad a las empresas termina por involucrar el conocimiento de cuestiones conectadas a su estructura y a los mecanismos internos de control de ilícitos.<sup>45</sup>

Además, se cuestiona nuevamente el derecho de no producir pruebas en contra de si mismo (*nemo tenetur se detegere*). No parece ser admisible el entendimiento de que las empresas se vuelven obligadas a prevenir y descubrir los desvíos y transgresiones tipificadas como corrupción, transformándose en colaboradores del Estado. Los deberes de las empresas deben estar tipificados, pues si no está, ofende el art. 5º, inciso II de la Constitución Federal.

De esta forma, por traducirse como una característica punitiva, se debe conducir la aplicación de los programas de *compliance* en conformidad con los principios del Derecho Administrativo Sancionador.<sup>46</sup> En realidad, la discrecionalidad del agente al aplicar la norma sancionadora está conectada a una serie de principios constitucionales. Se observa que, con la implantación del Estado de Derecho, las normas de Derecho Público exhibieron sus principales funciones de *limitar* y *controlar* el poder del Estado, de modo a *cohibir los excesos y desvíos practicados* en el ejercicio del poder político en desfavor de los ciudadanos.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Igor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos – questões centrais do projeto de lei nº 6.826/2010. *Op. cit.*, p. 169 y ss.

<sup>43</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da lei anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. *Cadernos Jurídicos OAB Paraná*, n. 50, abr. 2014.

<sup>44</sup> En esta línea, argumenta Pierpaolo Bottini: "Isso significa que, independente do nome dado pelo legislador, a gravidade ou extensão das sanções previstas na Lei 12.846/13 corresponde ou ultrapassa aquelas previstas em normas expressamente incriminadoras. Há um caráter de lei penal encoberto na norma em discussão". BOTTINI, Pierpaolo. **A Lei Anticorrupção como Lei Penal Encoberta.** *Op. cit.*

<sup>45</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador *Op. cit.*, p. 454-455.

<sup>46</sup> OSÓRIO, Fávio Medina. **Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos.** Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>. Acceso el: 23 Jul. 2014.

<sup>47</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Op. Cit.*



Consecuentemente, la doctrina entiende que los principios y garantías establecidos en la Constitución Federal, en especial, los principios de legalidad (art. 5º, XXXIX), de irretroactividad (art. 5º, XL), de intrascendencia de la pena (art. 5º, XLV), del debido proceso legal (art. 5º, LIV), de la amplia defensa y del contradictorio (art. 5º, LV), se han vuelto elementos indispensables para la aplicación del *ius puniendi* estatal. Sobre el tema, Diogo Moreira Neto y Flávio Amaral Garcia argumenta que el poder punitivo estatal debe ser interpretado a partir de este núcleo constitucional, incluso en relación con la nueva Ley Anticorrupción Empresarial.<sup>48</sup>

Teniendo esto en cuenta, se debe considerar la aplicación de dichos principios cuando esté la Administración Pública en la conducción de los procedimientos administrativos que traten sobre la efectividad de los programas de *compliance*. De este modo, sobre los aspectos principiológicos de la eficiencia, razonabilidad y proporcionalidad que permearán la dirección de las aplicaciones de sanciones, se destacan como rasgos la búsqueda de resultados favorables que caben al Estado alcanzar, de forma imparcial, neutral, transparente, eficiente y participativa<sup>49</sup>, objetivando perfeccionar los métodos para la aplicación de la Ley 12.846/2013.

En otras palabras, cuando se esté delante la posibilidad de la práctica de actividades ilícitas cubiertas o directamente relacionadas a las prácticas económicas y financieras de determinada persona jurídica, se debe examinar toda la estructura de los programas de *compliance*, observándose siempre los principios incidentes en el caso, para la aplicación de sanciones previstas en la Ley 12.846/2013.

## 5. REFERENCIAS

AYRES, Carlos. **Uma Atualização Sobre o Que Esperar da Iminente Regulamentação da Nova Lei Anticorrupção do Brasil.** Disponible en: <http://lecnews.com/novo/uma-atualizacao-sobre-o-que-esperar-da-iminente-regulamentacao-da-nova-lei-anticorrupcao-do-brasil/>. Acceso el 22 Jul. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito de Defesa:** a controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção. Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao>. Acceso el: 13. Jan.2015.

BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. **Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n.3, p. 103-115, 1999. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>. Acceso el: 25 Jun. 2014.

<sup>48</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Op. Cit.*

<sup>49</sup> MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.



CERVINI Raul. *Quo vadis? – El cumplimiento normativo*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 92, ano 11.

CUÉLLAR, Leila; PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. *Reflexões sobre a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 131-170, abr./jun. 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. *Breves comentários à lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira*. In: NASCIMENTO, Marcelo Diniz do. **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Gloeckner J. *Criminal Compliance, Lavagem De Dinheiro e o Processo De Relativização Do Nemo Tenetur se Detegere: Cultura Do Controle e Política Criminal Atuarial*. **XXI Congresso Nacional do COMPEDI**, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102.

GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRAZZIOTIN, Carlos Augusto. **Controles Internos e Gestão de Riscos em Instituições Financeiras**. Disponible en: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4259/000349159.pdf?sequence=1>. Acceso el: 22 Jul. 2014.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. **Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável**. 2014. Disertación (Máster) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014 Disponible en: <[http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=2707](http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2707)>. Acceso el: 27 Jun. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Considerações iniciais acerca da lei anticorrupção e os novos desafios da advocacia criminal. **Cadernos Jurídicos OAB Paraná**, n. 50, Abr. 2014.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate a corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 18, n. 89, p.429-470, mar. 2011.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2006.



MOREIRA NETO, DIOGO de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43out./dez. 2013. Disponível en: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=9886>>. Acceso el: 24 Abr. 2014.

NASCIMENTO, Marcelo Diniz do. **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ORTOLAN, Marcelo A.B; ROCHA, I.G; REIS, Felipe A. P. Combate à Corrupção Nas Licitações e Contratos Públicos – Questões Centrais Do Projeto de Lei nº6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito da infraestrutura**: temas de organização do Estado, serviços e intervenção administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Lei anticorrupção dá margem a conceitos perigosos**. Disponível en: <http://www.conjur.com.br/2013-set-20/lei-anticorrupcao-observar-regime-direito-administrativo-sancionador>. Acceso el: 23 Jul. 2014.

RAMINA, Larissa O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2003.

ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil: Os programas de *compliance* como boas práticas de governança. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 20, jul. 2011.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Comentários à Lei 12.846/2013 : Lei anticorrupção/ José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini, Ubirajara Costódio Filho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.