

Revista dos TRIBUNAIS

Ano 103 • vol. 947 • Setembro / 2014

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa

Coordenação Editorial
JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial
Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Maurício Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência
Analistas Editoriais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite e Samanta Fernandes Silva

Assistentes Documentais: Beatriz Biella Martins, Karen de Almeida Carneiro, e Victor Bonifácio

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistentes Administrativos: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

HOMENAGEM PÓSTUMA AOS ANTIGOS DIRETORES

Plínio Barreto, Cristovam Prates da Fonseca, L. G. Gyges Prado, Aristides Malheiros, Noé Azevedo, Nelson Palma Travassos, Carlos Henrique de Carvalho, Lauro Malheiros, Philomeno J. da Costa, José Alayon, Afro Marcondes dos Santos.

ISSN 0034-9275

Revista dos TRIBUNAIS

Ano 103 • vol. 947 • Setembro / 2014

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Por fim, conforme expressa previsão da Lei Anticorrupção, dessa grandeza serão também subtraídos os tributos, compreendidos como aqueles que guardem relação com as operações de comercialização ou prestação de serviços (v.g. IPI, ICMS, ISS, IE, PIS-Cofins e taxas que reflitam na mensuração do preço da mercadoria ou serviço), alcançando-se, então, a base de cálculo para a aplicação da sanção civil.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A Lei 9.718/1998 e o conceito de faturamento, de Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini - *RTrib* 100/225 (DTR\2011\4554); e
- Exclusão do ICMS do conceito de faturamento (base de cálculo do PIS e da Cofins): uma questão de coerência legislativa e jurisprudencial, de Clélio Chiesa e Marcos Hailton Gomes de Oliveira - *RTrib* 77/101 (DTR\2007\688).

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL POSSÍVEL DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO

IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS

Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2005/2007). Procurador Geral (2003/2005) e Corregedor Administrativo (2002/2003) do Município de São Carlos/SP. Advogado.

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP. Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005/2007). Diretor do Departamento de Modernização da Justiça do Ministério da Justiça (2003/2005). Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2007/2009).

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Constitucional; Penal

RESUMO: Este artigo busca analisar as hipóteses de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção Administrativa à luz da Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article analyzes the hypothesis of objective liability of the legal entity in Anti Corruption Law under the Federal Constitution (1988).

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção administrativa - Probidade - Moralidade administrativa - Responsabilidade objetiva - Interpretação constitucional.

KEYWORDS: Anti Corruption Law - Probity - Administrative morality - Objective liability - Constitutional interpretation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Breve histórico da responsabilidade objetiva - 3. Hipóteses e natureza jurídica da responsabilização na Lei Anticorrupção - 4. Necessidade de compatibilização da responsabilidade-sanção com a ideia de culpa ou dolo - 5. Síntese conclusiva - 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A legislação que se apresenta - Lei Anticorrupção Administrativa - foi editada a partir da constatação de lacunas e/ou dificuldades na aplicação da legislação, até então existente na prevenção e na repressão de desvios praticados em desfavor do erário e da moralidade administrativa, bem como para permitir ao país o cumprimento de diversos compromissos internacionais sobre o assunto.

Basicamente, o papel de enfrentamento a esses desvios vinha conferido pelos crimes de *corrupção* e similares previstos no Código Penal, pelos delitos previstos na Lei 8.666/1993 e de legislação esparsa, pela Lei de Improbidade Administrativa, pelos dispositivos sancionatórios da legislação de contratações administrativas (Lei

de Licitações, Lei do Pregão, Lei do Regime Diferenciado de Contratações), e pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

No entanto – pela ótica do legislador – este aparato legal não era suficiente para o combate eficaz à corrupção. Os tipos penais, nessa seara, limitam-se a responsabilizar pessoas físicas, sem afetar aquela que em regra é a maior beneficiária da corrupção: a empresa, a instituição beneficiada. Ademais, a ideia da responsabilidade objetiva (que parece ser o eixo central da nova lei) é inadmissível na seara penal, que exige a culpabilidade do agente, ou seja, uma relação de dolo ou de culpa deste com o ato cometido.

A Lei de Improbidade Administrativa possui limitações similares, seja pela necessidade de identificar um ato de agente público, ou equiparado, a fim de sustentar a acusação, seja pela persecução ocorrer pela via de uma ação judicial que possui, dentre suas penas, a suspensão de direitos políticos, matéria que recomenda a necessidade de eficácia do apenamento ao trânsito em julgado da sentença condenatória, como, inclusive, disciplina o art. 20 da referida lei.

De outra banda, as legislações de seleção e contratação de fornecedores da Administração, assim como a Lei Orgânica do TCU, possuem alcance restrito, limitado àqueles que se dispõem a participar de licitações e celebrarem contratos com o Poder Público. Escapam, destarte, à legislação outras condutas ilícitas, decorrentes do relacionamento com o Estado, como eventuais desvios na obtenção de licenças, frustração de atos de fiscalização, cooptação de agentes de regulação. Todos esses outros atos, até a edição da Lei Anticorrupção Administrativa, sob o enfoque dos corruptores, estariam submetidos à incidência penal e de improbidade administrativa, ambas com suas limitações; do ponto de vista administrativo, somente poder-se-ia cogitar de anulação dos atos ilegais e eventual ressarcimento, regra geral, sem o sancionamento com multas.

Em todas as leis vigentes até a edição da Lei Anticorrupção, nas esferas penal, cível e administrativa, não se cogitou da prescindibilidade de comprovação de culpa ou dolo do acusado para redundar no apenamento. A responsabilidade, em todos esses casos (como aventado) sempre foi tratada como subjetiva, perquirindo-se a culpabilidade do agente durante a instrução do respectivo processo.

Como se verá, a nova lei, portanto, veio a permitir a adoção de medidas administrativas punitivas com maior eficácia e poder dissuasório. Aliada a essa preocupação, estabeleceu-se, legalmente, a possibilidade de responsabilização objetiva das empresas, dentre outras medidas para introjetar no seio empresarial uma cultura de moralidade na relação com o Estado.

Esse parece ser o objetivo maior da Lei Anticorrupção, ao estabelecer um mecanismo mais contundente para o controle de ilícitos cometidos contra o Estado, e ao deslocar o foco da persecução para o corruptor, trazendo objetivamente à atividade empresarial a necessidade de portar-se de modo ético, sob pena de responder por desvios de conduta de seus colaboradores, funcionários e dirigentes.

Nessa linha, a atual lei vai ao encontro da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também conhecida como Convenção de Mérida, internalizada pelo Dec. 5.687, de 31.01.2006, e que estabeleceu uma série de compromissos para os países signatários, a partir do consenso haurido quanto aos malefícios e ameaças ocasionados pela corrupção à estabilidade e segurança das sociedades, ao enfraquecimento de instituições e do Estado de Direito.

A Convenção de Mérida possui como pressuposto a identificação da corrupção como um fenômeno transnacional e relacionado com outras formas de delinquência, e propõe o enfrentamento do tema a partir de diversas frentes de atuação, como a cooperação internacional, o fortalecimento de instituições, o aperfeiçoamento e estabelecimento de mecanismos eficazes de combate a desvios, a atuação de pessoas e organizações não integrantes do Estado. Ademais, a própria Convenção de Mérida, tida como o mais completo instrumento internacional de combate à corrupção, reconhece a importância das discussões e documentos anteriores, na acumulação de conhecimento e expertise para o enfrentamento do severo problema, como se verifica no fecho do seu preâmbulo:

“Tomando nota com reconhecimento dos instrumentos multilaterais encaminhados para prevenir e combater a corrupção, incluídos, entre outros, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 29.03.1996, o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, aprovado pelo Conselho da União Europeia em 26.05.1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27.01.1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 04.11.1999 e a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12.07.2003”.

A Lei recente, tal como o tratado internacional, deve ser analisada a partir dos instrumentos que existiam anteriormente à sua edição, como mais um ferramental a ser enfeixado para o enfrentamento da corrupção, sem afastar a aplicação dos demais. Nesse conspecto, compreender-se-á, por exemplo, a previsão do art. 30 da nova lei, que expressamente menciona que as suas sanções são aplicáveis *sem afetar* a responsabilização com base na Lei de Improbidade Administrativa e na legislação de contratações públicas. Decerto, a compreensão do alcance desse art. 30 demandará algum esforço do intérprete; todavia, mostra a intenção do legislador de se agregar uma nova visão sobre o assunto, com foco no corruptor.

Nota-se que é comando da convenção a formulação e o estabelecimento de políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, mediante avaliação periódica dos instrumentos e das medidas administrativas e judiciais existentes, com vistas ao seu incremento de modo a cobrir cada uma das ações descritas em seu texto, como

o estabelecimento de políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção (art. 5.º); a definição de um órgão vocacionado para o seu combate (art. 6.º); o desenvolvimento de políticas de contratações de funcionários e fornecedores segundo predicados de impessoalidade, eficiência, objetividade (arts. 7.º a 9.º); a adoção de mecanismos de transparência, associado à informação pública, e de participação da sociedade (arts. 10 e 13); aperfeiçoamento de normas contábeis e de auditoria do setor privado (art. 12); repressão à lavagem de capitais (art. 14); dentre outras.

Ao lado dessas ações, o tratado prevê a aplicação da legislação local segundo um *standard* de condutas reprováveis, como: o suborno de funcionários públicos nacionais (art. 15); suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas (art. 16); malversação, peculato ou apropriação indébita praticados por funcionário público (art. 17); tráfico de influência (art. 18); abuso de funções (art. 19); enriquecimento ilícito (art. 20); suborno no setor privado (art. 21); malversação ou peculato no setor privado (art. 22); lavagem de produto de delito (art. 23); encobrimento do delito (art. 24); obstrução da justiça (art. 25).

Ademais, no art. 26, a Convenção de Mérida prevê expressamente a adoção de medidas para responsabilização de pessoas jurídicas partícipes nos delitos, segundo cada ordenamento jurídico, nas suas vertentes civil, penal ou administrativa, mediante o estabelecimento de sanções penais e não penais eficazes, proporcionais e dissuasivas, inclusive sancionamento monetário.

Uma leitura das condutas reprováveis permite verificar que boa parte dos tipos ou está prevista em nossa legislação (penal, administrativa ou de improbidade administrativa) ou pode ser abrangida, mediante mínimo esforço interpretativo, por exemplo pelos tipos mais abertos da Lei de Improbidade Administrativa ou pela legislação de contratações públicas ou o estatuto do funcionalismo federal.

É o caso, por exemplo, do suborno de funcionário público nacional (art. 15 da Convenção), que está previsto no tipo do art. 316 do CP (concessão), além de poder ser enquadrado no art. 9.º da Lei de Improbidade Administrativa.

Outros tipos, como o suborno, malversação e peculato no setor privado (arts. 21 e 22 da Convenção), de seu turno, demandarão maior trabalho ao aplicador da lei, seja para caracterizar os atos como algum tipo de fraude criminal (por exemplo, o estelionato, art. 171, CP), seja para exigir a reparação do dano pela cláusula genérica da vedação ao enriquecimento sem causa (Código Civil, art. 884). Essas situações, entretanto, não foram abordadas pela nova Lei Anticorrupção.

No que tange à responsabilização e às sanções aplicáveis, todavia, ante a abordagem do quadro normativo preexistente – ora no *corrupto*, ora no *contratado*, ora na *pessoa física*, como na legislação penal – a Lei Anticorrupção Administrativa justifica sua edição para aprimorar o sistema de tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. A questão é se faz isso de forma adequada e se existem ou não excessos na nova legislação.

Já em seu primeiro capítulo, a nova lei traz importante previsão de estabelecer a responsabilidade objetiva administrativa da pessoa jurídica envolvida em atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados em seu interesse, exclusivo ou não, e independentemente da responsabilização de seus dirigentes ou qualquer outra pessoa física autora, coautora ou partícipe do ilícito.

O segundo capítulo da Lei 12.846 delinea as condutas abrangidas pela norma, com destaque para a previsão de apenamento de condutas ilícitas contra a administração pública estrangeira e o sancionamento para quem *dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos*, incluindo agências reguladoras e os órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. A conduta de dificultar *investigação e fiscalização* demandará muita atenção do intérprete e do aplicador, para se evitar que abusos sejam cometidos pelos agentes públicos, com base no tipo legal.

Na sequência, a lei estabelece as sanções e os parâmetros de responsabilização na esfera administrativa. Nesse âmbito, a pessoa jurídica pode vir a ser apenada com multa de 0,1% a 20% de seu faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos; ou, caso não seja possível apurar o faturamento, no valor de R\$ 6.000,00 a R\$ 60 milhões. Ainda, a punida poderá vir a ser compelida a custear o pagamento da decisão condenatória em mídia de grande circulação, além de afixação na sede da empresa e no sítio eletrônico mantido na rede mundial de computadores.

Como parâmetros de responsabilização, além da gravidade da infração, da vantagem auferida ou pretendida pelo autor, da consumação do ato, do grau da lesão ou do perigo de lesão, deverão ser sopesados os efeitos negativos produzidos pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica na apuração, a existência de mecanismos de *compliance* na estrutura organizacional da empresa e o valor dos contratos mantidos com a Administração.

Ademais da responsabilização administrativa, a Lei 12.836 prevê a possibilidade de aforamento de ação judicial, que terá o rito da ação civil pública, para aplicação de penas mais graves, como o perdimento de bens, direitos ou valores direta ou indiretamente relacionados com a infração, a suspensão ou interdição parcial de atividades da empresa, a pena de morte da pessoa jurídica (dissolução compulsória) e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos provenientes do erário.

Sem prejuízo das punições, o art. 13 da Lei estabelece a necessidade de reparação integral do dano verificado ao erário. Igual previsão há no art. 16, § 3.º, ao dispor que a celebração de acordo de leniência não desobriga a reparação integral do dano, e também do parágrafo único do art. 21, que torna certa a reparação do dano na hipótese de responsabilização judicial.

Como visto, a criação de uma hipótese legal de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, aliada à possibilidade de persecução administrativa de algumas

condutas, além do sancionamento judicial mais severo, configurava, de fato, uma lacuna em nosso ordenamento. As administrações públicas certamente foram investidas de um poderoso instrumento para enfrentar desvios que venham a ser cometidos em desfavor de seus bens e da sua competência, na hipótese da conduta descrita no art. 5.º, V, da novel lei.

Prova disso é que, sem correr o risco de datar o presente estudo, é que a Lei de Corrupção Administrativa, mesmo ainda na sua *vacatio legis*, colocou-se na ordem do dia em determinados setores com relacionamento mais intenso com entidades governamentais. A busca pela estruturação de cultura e de organização de *compliance* é uma realidade provocada pela nova legislação e, felizmente, pode ser compreendida com um dos frutos positivos já por ela apresentados, ainda que existam críticas pontuais aos seus dispositivos.

Este artigo busca compreender como se aplicam as proposições de *responsabilização objetiva* em relação à pessoa jurídica, vis-à-vis do dano causado e das punições aplicáveis administrativa e judicialmente, e sua compatibilidade com o art. 5.º, XLV, da CF.

2. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A transferência do foco da persecução do agente público para o *corruptor* trouxe mais do que a mera possibilidade de sancionamento independentemente da identificação de um ato de autoridade, ao qual o terceiro beneficiário ou partícipe se vincula, em se tratando da Lei de Improbidade Administrativa, ou da possibilidade de apenamento pré-contratual ou contratual previsto pela legislação de contratações administrativas e pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Essa modificação de abordagem permitiu impor à pessoa jurídica, ou melhor, à *empresa*, porque a nova lei penaliza entes despersonalizados, o dever de conduta ética e moralmente exigível no seu comportamento em relação ao Estado.

Ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda, já dizia o brocardo em latim: não há bônus sem ônus. A atividade empresarial, pela sua natureza, orienta-se eminentemente pelo risco: desde a necessidade de cobrir as despesas apuradas ao final do expediente, até a responsabilidade pela reparação decorrente de acidentes do trabalho.

Aliás, conta a doutrina que foram justamente hipóteses decorrentes de relações de trabalho que fizeram surgir a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco empresarial, porque o titular da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho deveria reparar a lesão justamente pela sua condição de proprietário dos meios de produção. É a posição de Barros Monteiro.

Assim, porque suportará os bônus decorrentes da mais-valia obtida por intermédio da exploração da mão de obra de seus funcionários, e justamente por essa causa, competirá ao patrão arcar com os ônus decorrentes de sua atividade, quer os

infortúnios laborais decorram de ato próprio do acidentado, quer se imponham em razão de vícios no ambiente de trabalho. Impôs-se, ao empresário, o poder-dever de garantir um ambiente laboral, senão imune a acidentes, minimamente dotado de efetivos meios para se evitá-los, a partir de programas de treinamento constante, de segurança e medicina do trabalho, dos equipamentos de proteção individual. Mesmo assim, havendo o sinistro, subsiste o dever de reparar, como uma consequência da própria atividade de risco.

O Código Civil de 2002 encampa expressamente a teoria do risco, por exemplo, ao dispor a responsabilização objetiva quando se tratar de atividade potencialmente causadora de riscos a outrem (art. 927, parágrafo único),¹ ou em matéria de consumo, pelos produtos postos em circulação (art. 931).² Gonçalves explicita alguns exemplos dessa teoria do risco, associado à atividade empresarial potencialmente causadora de danos a outrem:

“(…) subsume a ideia do exercício da atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

Na legislação civil italiana encontra-se o exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil, com inversão do ônus da prova...

(...)

O agente, no caso, só se exonerará da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas idôneas para evitar o dano. Disposições semelhantes são encontradas no Código Civil mexicano, no espanhol, no português, no libanês e em outros”.

As hipóteses citadas pelo doutrinador trazem a ideia de inversão do ônus da prova, como uma formulação para contrapor a prova de dolo ou culpa no desempenho de atividade que potencialmente venha a ocasionar a lesão a direitos de terceiros, ou mesmo da coletividade. Esse tipo de formulação – a inversão do ônus probatório – aplica-se também para superar hipossuficiência de uma das partes na relação, por exemplo, consumerista (CDC, art. 6.º, VIII).

Da exposição até esse ponto, nota-se que a construção da responsabilização objetiva, em temas de direito civil, diz respeito ao dever de recompor o *status quo*

1. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”
2. “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

anteriormente à ocorrência do dano. Ou seja, o ressarcimento do dano seria uma consequência reparatória à violação do patrimônio jurídico alheio.

Em matéria administrativa, a hipótese recorrente de responsabilidade objetiva é a que impõe o dever de reparação a terceiros, em decorrência de danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviço público. Desde a Constituição de 1946, pelo art. 194, tem-se normativamente a responsabilização do Estado por atos de seus agentes que ocasionarem danos ao particular, respondendo aqueles, por regresso, somente acaso comprovada a culpa ou dolo no seu agir.

Conquanto positivada a partir dessa Carta Constitucional, a tese da responsabilidade objetiva do Estado vem de longe em nossa doutrina e jurisprudência. Bandeira de Mello relata que a Constituição de 1824 previa dispositivo a estabelecer a responsabilidade de agentes públicos em casos de abusos ou omissões; todavia, essa regra sempre foi interpretada como consagradora de responsabilidade solidária do Estado em relação a atos de seus agentes.

O que se impõe, a partir da nova legislação anticorrupção, é analisar a possibilidade de responsabilização objetiva do particular que atente contra a moralidade administrativa, segundo as condutas previstas nos incisos do art. 5.º da lei, excluindo a necessidade de se perquirir de culpa ou dolo dos sócios, dirigentes, funcionários ou, de alguma forma, contratados pela entidade empresarial que, exclusivamente ou não, se beneficiem ou vejam um ato irregular ser praticado no seu interesse. E, mais, verificar se essa responsabilização objetiva alcança apenas o ressarcimento integral do dano ao erário ou se pode avançar para hipótese nitidamente sancionatória, como a imposição administrativa de multa e judicial de restrição de direitos ou até mesmo a dissolução da pessoa jurídica.

3. HIPÓTESES E NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Nesse ponto da exposição, impõe-se analisar as hipóteses de responsabilização previstas na Lei Anticorrupção e a natureza jurídica das penas ou consequências decorrentes da responsabilidade.

A Lei Anticorrupção estabeleceu duas categorias de penalidades possíveis de serem impostas às empresas responsáveis por atos ilícitos contra a Administração nacional ou estrangeira, aos princípios da administração pública e aos compromissos internacionais assumidos pelo país: as penas aplicáveis no âmbito administrativo (art. 6.º) e as penas do art. 19, que somente podem ser aplicadas pelo Judiciário. Nota-se, por oportuno, que o art. 20 autoriza a imposição das penas do art. 6.º em ação judicial aforada pelo Ministério Público, acaso constatada a omissão da autoridade administrativa.

Nada obstante essa previsão, trataremos as penas do art. 6.º como essencialmente administrativas. Assim, como disciplina o art. 6.º, a autoridade administrativa

poderá aplicar multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo de responsabilização, excluídos os tributos, em valor nunca inferior ao da vantagem ilícita auferida.

As multas proporcionais ao acréscimo patrimonial indevido, ao dano causado ao erário ou ao faturamento, como na novel legislação, suscitam divergências e debates quanto à sua natureza e finalidade. Partindo-se das premissas, dentre outros de Bandeira de Mello, de que a multa administrativa pode ser classificada em sancionatória (função *intimidadora*), compensatória ou cominatória, parte da doutrina compreendeu que essa tipologia de multa representaria a sanção pecuniária reparatória por danos morais decorrentes do ilícito. É o entendimento de Martins Jr., citado por Sobrane, e, de certa forma, também de Rodrigues Martins, ao aproximar o conceito da multa civil ao da reparação de dano moral coletivo, quando analisaram o tema à luz da Lei de Improbidade Administrativa.

Figueiredo, Fazio Jr., Brito dos Santos, dentre outros, compreendem a multa civil, proporcional quer ao enriquecimento ilícito, quer ao dano ao erário, como mais uma forma de sancionamento retributivo-pecuniário e dissuasório. Não identificam natureza compensatória ou cominatória nessa espécie punitiva. É a posição que entendemos mais adequada. Brito dos Santos, ademais e com ampla citação doutrinária, destaca que o destinatário dessa sanção será sempre o ente lesado.

Além da multa, a pessoa jurídica poderá ser compelida a custear a publicação extraordinária da decisão condenatória, em mídia de grande circulação. Trata-se de pena com nítido caráter de estigmatização do infrator. Por mais que se sustente seu caráter dissuasório, a publicidade ampla da sanção busca atingir a imagem da entidade envolvida em ato de corrupção, medida que talvez se justifique por se tratar de pessoa jurídica (e não pessoa natural, a quem a Constituição resguarda a dignidade) e pela alta reprovabilidade social que o ato de corrupção carrega.

O art. 7.º da Lei estabelece circunstâncias agravantes e atenuantes como elementos informadores do sancionamento, a saber: gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida, consumação do ilícito, grau de lesão ou perigo de lesão, efeito negativo produzido pela infração, situação econômica do infrator, cooperação da pessoa jurídica nas apurações, existência e efetividade dos mecanismos de *compliance*, além do valor dos contratos mantidos com o poder público. Havia, no autógrafa do projeto, um inciso prevendo o grau de eventual contribuição do servidor público para a ocorrência do ato lesivo, o qual, todavia, restou vetado pela Presidente da República.

Tem-se, portanto, duas espécies de penas aplicáveis na esfera administrativa: a pecuniária e a publicação compulsória da condenação, cuja gradação será realizada segundo os critérios do art. 7.º.

Com relação às penas judiciais do art. 19, é importante recordar o veto ao § 2.º, que dispunha da comprovação de dolo ou culpa para aplicação das penas elencadas

nos incs. II a IV. Nas justificativas pertinentes, explicitou-se que o veto se assentou na contrariedade ao espírito da lei, que introduziu a responsabilidade objetiva em temas relacionados à corrupção.

As penas em comento não são propriamente desconhecidas de nosso direito, havendo em diversas passagens da legislação hipóteses similares de penas (ou efeito de penas, caso do *perdimento de bens*).

Por exemplo, o perdimento de bens é pena em matéria tributária, quando verificado dano ao erário decorrente de irregularidades em importação de mercadorias (art. 23, § 1.º, do Dec.-lei 1.455/1976).³ Em matéria penal, consoante o já destacado, o perdimento é tratado como um dos *efeitos da condenação* (CP, art. 91).

3. “Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

I – importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II – importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o art. 56 do Dec.-lei 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no art. 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III – trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

IV – enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do parágrafo único do art. 104 e nos incs. I a XIX do art. 105, do Dec.-lei 37, de 18 de novembro de 1966.

V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002)

§ 1.º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002)

§ 2.º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002)

§ 3.º As infrações previstas no caput serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto 70.235, de 6 de março de 1972. (Redação dada pela Lei 12.350, de 2010)

§ 4.º O disposto no § 3.º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei 10.637, de 30.12.2002).”

A suspensão ou interdição parcial de atividades são penas previstas no Código Penal (art. 47),⁴ e também não são novidade no campo administrativo. As sanções de suspensão de participação em certames licitatórios e de inidoneidade (Lei 8.666/1993, art. 87, III e IV) podem ser caracterizadas como restritivas do direito ao exercício da atividade econômica de fornecimento de bens e serviços ao poder público, com a diferença, em relação à Lei Anticorrupção, de que podem ser aplicadas pela instância administrativa.

Até mesmo a pena de dissolução compulsória da pessoa jurídica não nos era desconhecida, pois, segundo o Código de Processo Civil de 1939, em vigor na parte que trata de dissolução de sociedade civil, dispõe:

“Art. 670. A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”.

Não se tem conhecimento da aplicação deste dispositivo a pessoas jurídicas reincidentes na prática de atos ilícitos contra a Administração; entretanto, compreende-se possível de ser invocado para repressão de ilícitos cometidos por sociedades civis. Contudo, e justamente por se limitar a sociedades civis, o dispositivo não abrange as sociedades empresárias (ou mercantis, como tratado na época), possuindo, pois, efeitos mais limitados. A partir da nova lei, qualquer pessoa jurídica, seja ela mercantil ou civil, estará sujeita à pena de dissolução compulsória.

A proibição de recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas, e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, como estabelecido pelo inc. IV do art. 19, também é prevista na Lei 8.429/1992, de maneira bastante similar.

No que respeita ao perdimento de bens em decorrência do enriquecimento ilícito decorrente de improbidade administrativa, identificaram-se duas correntes doutrinárias: a primeira, de que se destacam Pazzagilini F, Elias Rosa e Fazzio Jr., compreende que o perdimento de bens não pode ser caracterizado como sanção pro-

4. “Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei 9.714, de 1998)

V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos (Incluído pela Lei 12.550, de 2011).”

priamente dita, porque os bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio, em verdade, pertenciam ao Estado, e o perdimento configura devolução ao real proprietário.

Esse entendimento, que a nosso ver é apenas parcialmente correto, na medida em que o enriquecimento ilícito de um autor de improbidade pode ocorrer sem a constatação de um dano efetivo ao erário, como, por exemplo, na obtenção de vantagens indevidas para frustrar uma determinada fiscalização sem repercussão pecuniária para o Estado. Nesse caso, apesar de se configurar um ato de improbidade, pela violação de deveres inerentes ao exercício de atos de autoridade, não se identifica a apropriação de um bem público pelo agente ímprobo; entretanto, entendemos que a decretação do perdimento de bens eventualmente acrescidos ao seu patrimônio de forma ilícita deva ser imposta na sentença que julgar procedente essa hipotética ação.

Ademais, o perdimento de bens decorre expressamente da previsão do art. 5.º, XLVI, b, da CF;⁵ ao estabelecer a tipologia de penas que podem ser previstas em nossa legislação. Nota-se que a Lei de Improbidade estabelece a perda de bens como sanção autônoma em decorrência da verificação do ilícito; o Código Penal, de outra banda, trata-a como um dos efeitos da condenação (art. 91),⁶ da mesma forma como a Lei de Lavagem de Capitais (art. 7.º).⁷ É o mesmo entendimento de

5. "XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos."

6. "Art. 91. São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)
I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

- a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;
- b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1.º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. (Incluído pela Lei 12.694, de 2012)

§ 2.º Na hipótese do § 1.º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda (Incluído pela Lei 12.694, de 2012)."

7. "Art. 7.º São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal:

- I – a perda, em favor da União – e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual –, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática

Sobrane, Martins, Figueiredo, dentre outros que analisaram esse sancionamento da Lei de Improbidade, e que parece ser perfeitamente aplicável à previsão da Lei Anticorrupção.

Por fim, acerca da natureza das penas estabelecidas na Lei Anticorrupção, resta abordar a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos. Parecem desnecessários maiores aprofundamentos, para se concluir que a espécie de restrição a direitos é pena notadamente vocacionada a dissuadir a atividade empresarial no envolvimento de atentados contra a moralidade administrativa.

Evidencia-se, assim, uma clara opção do legislador ao permitir a aplicação de penas mais brandas no plano administrativo (multa e publicidade), reservando as mais graves para o judicial (perdimento de bens, suspensão ou interdição parcial de atividades, dissolução compulsória e vedação ao recebimento de subsídios e demais incentivos).

Do ponto de vista de sua natureza, parece-nos que as penas previstas tanto no art. 6.º, quanto no art. 19, da nova lei, são penas com funções tanto retributiva, com o fito de explicitar para a sociedade os valores de uma conduta ética na relação com o Estado, como dissuasória, para atuar no seio das organizações empresariais e desestimular os comportamentos indesejado pela norma.

Independentemente dessas sanções, a lei também determinou que o beneficiário da vantagem indevida repare integralmente o dano (seja administrativamente, seja judicialmente, seja na hipótese de transação pela leniência).

O ressarcimento do dano ocasionado ao erário não pode ser compreendido com pena por decorrência do ato de corrupção. Sua natureza é de recompor a situação anterior à verificação do ilícito, como ocorre na reparação civil do art. 927 do

dos crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012)

II – a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9.º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

§ 1.º A União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a forma de destinação dos bens, direitos e valores cuja perda houver sido declarada, assegurada, quando aos processos de competência da Justiça Federal, a sua utilização pelos órgãos federais encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos nesta Lei, e, quanto aos processos de competência da Justiça Estadual, a preferência dos órgãos locais com idêntica função. (Incluído pela Lei 12.683, de 2012)

§ 2.º Os instrumentos do crime sem valor econômico cuja perda em favor da União ou do Estado for decretada serão inutilizados ou doados a museu criminal ou a entidade pública, se houver interesse na sua conservação. (Incluído pela Lei 12.683, de 2012)."

CC/2002. Seria, portanto, a consequência jurídica da violação do dever de não causar dano a outrem, no caso, ao Estado; possuindo assento também no velho adágio da vedação ao enriquecimento sem causa, uma vez que se coloca como reparação decorrente de um benefício indevido – se indevido, portanto, deve ser revertido.

A diferença entre a Lei Anticorrupção e todas as demais formas de apenamento por atos ilícitos contra o erário, além, por óbvio, dos destinatários da pena (na lei nova, a pessoa jurídica), reside na pretensão da dispensabilidade de prova de dolo ou culpa para a imposição da sanção.

Nem mesmo para o juízo de proporcionalidade na fixação da pena a nova lei pretende levar em conta tais elementos, determinando a utilização dos critérios relacionados no art. 7.º da Lei, que, embora no capítulo da responsabilização administrativa, estabelece evidentes parâmetros para o sancionamento judicial.

Assim, pretendendo avançar na ampliação da responsabilidade objetiva, a Lei Anticorrupção disciplinou que não apenas o ressarcimento de danos seria obrigatório independentemente de culpa, como na construção histórica do instituto, mas também que penas com caráter nitidamente sancionatório também dispensariam a comprovação da culpabilidade para sua imposição.

4. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE-SANÇÃO COM A IDEIA DE CULPA OU DOLO

Como analisado, a construção da responsabilidade objetiva possui assento na ideia do risco da atividade empresarial quando analisada em cotejo com outros atores, como no âmbito consumerista, ambiental, laboral, para ficar nos exemplos mais clássicos. E, verificado o dano em quaisquer dessas hipóteses, emerge o dever de reparação, independentemente de culpa, no que se pode denominar de responsabilidade-reparação.

Todavia, a Lei Anticorrupção Administrativa vai além da recomposição do estado anterior aos danos verificados, ao pretender a responsabilidade objetiva, para fins punitivos, da entidade empresarial personificada ou não, de forma independente da perquirição da culpabilidade de seus dirigentes, administradores ou sócios. Pune-se a empresa envolvida em atos ilícitos relacionados à Administração, na qualidade de beneficiária ou interessada. E, mais, pune-se com sanções graves que, avançando em relação à recomposição patrimonial, visam a desestimular a prática de condutas lesivas. É a responsabilidade-sanção que se pretende de forma objetiva.

A nova lei adotou outra forma de impor à empresa o dever de andar conforme a ética e a moralidade nas suas diversas relações com o Estado: esta responderá sempre que um ato ilícito for tentado ou consumado em seu benefício ou seu interesse, exclusivo ou não. Objetivamente, passou-se a exigir das empresas um determinado padrão de conduta – que já era exigido anteriormente – cuja violação enseja o

apenamento, independentemente de culpa ou dolo de qualquer agente privado – e aqui reside a novidade.

Identificado um ato de benefício ou interesse privado, e constatada a sua ilicitude segundo os preceitos do art. 5.º da Lei, a empresa será responsável sempre e estará sujeita ao sancionamento, o qual ocorrerá mesmo que haja reparação do dano, conforme dispõe o art. 13. Corolário dessa abordagem, o art. 3.º da Lei, especialmente o seu § 1.º, estabelece que a responsabilização da pessoa jurídica será independentemente da responsabilização dos dirigentes, administradores, ou de qualquer outra pessoa natural que esteja de alguma maneira relacionada ao ato ilícito.

Vale dizer, em outras palavras, que a lei avançou no contexto da responsabilidade objetiva – construída inicialmente como reparatória dos danos verificados por determinada atividade – para agregar um conteúdo dissuasório e retributivo, consubstanciado na ameaça de outras penas, desde pecuniárias, até as restritivas de direitos e, na mais grave hipótese, a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Há, no que respeita ao tema da responsabilização objetiva da entidade empresarial, de se perquirir do seu enquadramento constitucional, se ocorre algum tipo de violação à Carta no estabelecimento desse tipo de previsão em lei que estabelece sancionamento administrativo e judicial decorrentes de lesões oriundas de ilícitos praticados em desfavor do erário.

Autores, como Justen Filho, repudiam a existência de punições administrativas decorrentes da mera constatação do evento gravoso. Para ele, independentemente de se tratar de pessoa física ou jurídica:

“(…) não basta a mera verificação da ocorrência objetiva de um evento danoso. É imperioso avaliar a dimensão subjetiva da conduta do agente, subordinando-se a sanção não apenas à existência de elemento reprovável, mas também fixando-se a punição em dimensão compatível (proporcionada) à gravidade da ocorrência”.

A aferição da culpabilidade, para essa linha de pensamento, e mesmo em se tratando de pessoa jurídica, seria o critério para evitar a ocorrência de arbitrariedades por parte do Estado, na persecução dos ilícitos.

A nós, parece que esse tema suscitará os maiores debates na aplicação da Lei Anticorrupção. Medina Osório, por exemplo, sustenta em sua obra sobre direito administrativo sancionador que as limitações da Carta de 1988, quanto à responsabilização objetiva, referem-se primordialmente às pessoas físicas ou naturais:

“No plano do Direito Administrativo Sancionador, pode-se dizer que a culpabilidade é uma exigência genérica, de caráter constitucional, que limita o Estado na imposição de sanções a pessoas físicas. Não se trata de exigência que alcance também as pessoas jurídicas, com o mesmo alcance. Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à inevitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentem encadeados na relação causal. É por aí que passa a culpabilidade”.

Todavia, mais adiante, arremata:

“Cremos, em regra, é exigível que o comportamento da pessoa jurídica seja valorado pelo direito e pelos intérpretes. Parece-nos razoável supor que um ato, ainda que praticado por pessoa jurídica, submeta-se a pautas valorativas. Em tese, a responsabilidade objetiva há de ser excepcional, mesmo fora do campo punitivo”.

Os dispositivos constitucionais que limitariam a responsabilização objetiva, de fato, estão associados à pessoa natural, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da nossa República (art. 1.º, III); ao prever a individualização de penas, pressupondo a culpabilidade como um dos critérios na sua fixação (art. 5.º, XLVI); ao garantir ao preso o direito de permanecer calado, impondo ao Estado o ônus de provar a tese acusatória (art. 5.º, LXIII).

De outra banda, e para se sustentar a possibilidade de responsabilização objetiva, invocar-se-ia o Capítulo I do Título VII da Carta que, ao estabelecer os princípios regentes da atividade econômica, consagra diversos preceitos para o exercício do direito de empresa, dentre os quais a função social da propriedade, de que se desdobram, dentre outros, os arts. 116, parágrafo único, e o art. 154 da Lei das S.A, e o art. 47 da Lei de Recuperação Judicial, ao preverem o que Grau denominou de *função social da empresa*, como um dos deveres a serem buscados por seus administradores, controladores e no processo de recuperação judicial.

Portanto, a atividade empresarial, ensina Afonso da Silva, “se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica”.

Para sustentar a responsabilidade objetiva, na forma como definido pela nova legislação, há que se socorrer desses conceitos de função social da atividade empresarial. É preciso destacar que não se encontrou referências nas obras citadas à possibilidade desse tipo de responsabilização por desvios administrativos.

Mesmo assim, e para prosseguir na exposição, antes de não se prever a existência de norma coibindo a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, como há na responsabilização de pessoas naturais, a Constituição de 1988 imporia à ordem econômica o papel de desempenhar suas atividades segundo predicados que resultem no desenvolvimento harmônico do país. E, na compreensão da nova Lei Anticorrupção, exigir da organização empresarial o poder-dever de se portar adequadamente na relação com o Estado parece se coadunar a essa hipótese.

Comparato analisa com percuciência a questão da *função social da empresa* no seguinte excerto:

“Note-se que a afetação da empresa por sua função social (Lei 4.404/1976, art. 154 e parágrafo único do art. 116) impõe ao estudioso do Direito Societário o domínio de noções nutridas no seio do Direito Administrativo, quais as de abuso e

desvio de poder. Isso, de resto, além do necessário conhecimento do fenômeno de poder”.

Nota-se, das lições de Comparato, que a atividade da empresa deve pautar-se pelos seus objetivos sociais, atendidos o bem comum e a sua função social, sem o que se verifica desvio ou abuso de poder de seus controladores (art. 116, parágrafo único) ou de seus administradores (art. 154). A partir da constatação desses desvios ou abusos de poder, cogitar-se-ia da responsabilização, quer do administrador, quer da pessoa jurídica, quando agisse em dano a acionistas ou a terceiros. Novamente, não se identificou nesse autor qualquer referência à responsabilização objetiva em tema relacionado a danos ao erário.

Mesmo assim, seguindo tal raciocínio da *função social da empresa*, pela nova Lei Anticorrupção, a atuação conforme a moralidade administrativa, na relação com o Estado, passa a ser expressamente exigida por uma imposição legal, de observância cogente e cujo descumprimento ensejará a responsabilização da entidade sem se perquirir de dolo ou culpa de seus agentes, inclusive independentemente de sua punição enquanto pessoas físicas. Em suma, a partir da nova lei, não mais será necessário perquirir dolo ou culpa em ato de deliberação empresarial para configurar a responsabilidade; basta o benefício decorrente de um ato ilícito praticado contra o Estado; identificados o ato ilícito e o benefício, encontram-se presentes os pressupostos para a responsabilização.

Essa compreensão, decorrente da lei, decerto suscitará grandes debates quanto à sua adequação ao sistema constitucional vigente. Nieto, ao discorrer sobre a culpabilidade em contraposição à responsabilidade objetiva, vai ao cerne da questão:

“La culpabilidad no es – contra lo que suelen afirmar gratuitamente autores y jueces – un elemento esencial del Estado de Derecho actual que, para empezar, ha establecido la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas para no dejar indefensos a los particulares ante la agresividad de unas organizaciones gigantescas y de laberínticas tomas de decisiones. Pues si esto es así ¿qué decir de las modernas organizaciones empresariales, opacas e impenetrables en las que es imposible, territorial y personalmente, encontrar a la persona que ordena cometer un ilícito? ¿Dónde estará la voluntad infractora? La desigualdad de trato revela una situación estremecedora, a saber, que el legislador pretendidamente ‘social’ que castiga implacablemente a las Administraciones Públicas a costa de los impuestos de los ciudadanos y no se atreve, en cambio, a retocar los beneficios privados de los propietarios ‘no culpables’ de una empresa, se inspira en unos motivos impúdicos: el daño provocado por una Administración Pública lesiona los intereses de un particular que son protegidos a ultranza, mientras que los daños producidos por un ilícito administrativo lesionan intereses públicos y colectivos y éstos no tienen quien les defienda eficazmente y poco parecen importar al Estado de Derecho si dejamos a un lado las hueras declaraciones parlamentarias y políticas. Los intereses públicos, sociales y colectivos están abandonados por el Derecho, como ya tuve

ocasión de denunciar hace cinco lustros en un artículo titulado *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, de tal manera que ahora es fácil constatar que el Derecho Administrativo de nuestro tiempo sigue siendo infiel a su vocación de proteger derechos supraindividuales”.

A nova lei, portanto, afasta a exigência de dolo ou culpa, no contexto de eficácia no enfrentamento ao problema da corrupção transnacional, compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Mérida, como decorrência de ato ilícito contra o Estado, identificado claramente o beneficiário. Buscou-se aplicar o raciocínio desenvolvido, v.g., por Nieto para as hipóteses de lesão ao erário: a mesma responsabilidade objetiva que protege o indivíduo contra ato decorrente da coletividade (Estado), deve tutelar a coletividade por ato ilícito causado pelo indivíduo. Mas qual o alcance da objetividade da responsabilização? Para a reparação do dano e para as graves sanções? Ou somente para a reparação do dano?

A aceitação desse preceito – a responsabilidade objetiva – deve pautar-se pela ponderação necessária: o Estado já detém poderes magníficos para tutelar seus interesses, a começar pela possibilidade de rever seus próprios atos, impor sanções, executar suas decisões, dentre muitos outros. Admitir-se a ausência de limites para a persecução de improbidades poderá redundar em arbítrio, rechaçado igualmente pelo Direito.

Assim, importa analisar qual o grau de diligência exigido da empresa, no sentido de se evitar a prática dos ilícitos contra o Estado, sobretudo pela dicção do art. 3.º, do diploma legal, que consigna a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente dos dirigentes, administradores ou *de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe* do ilícito. Parece-nos impensável a que alguém possa vir a ser punido indiscriminadamente por atos que lhe sejam imputados, sem que seja claramente demonstrada a existência do liame entre o dano causado e a conduta questionada, além de um grau mínimo de reprovabilidade em sua conduta ou decorrente de debilidade na organização da estrutura empresarial.

Uma entidade empresarial que disponha de sistema interno de integridade (*compliance*), organizado de forma eficaz e seguindo as melhores práticas possíveis ainda assim estará sujeita a um ato intempestivo de qualquer funcionário descuidado ou mal intencionado. Essa exceção ao controle, por mais efetivo e competente que seja, é plenamente plausível de ocorrer. Será que ainda assim, sem o conhecimento da alta direção da companhia, de forma completamente isolada – ou mesmo decorrente de espírito emulativo – a punição seria viável?

Noutro giro, ao se admitir a responsabilidade independente de culpa ou dolo – bastante a ocorrência do liame entre o ilícito e o benefício – tornaria inócua a alegação defensiva que buscasse demonstrar situações como no exemplo acima, quanto à ausência de punição; sendo certo, entretanto, que o art. 7.º da Lei Anticorrupção determina que tais situações sejam sopesadas na imposição do apenamento, como circunstâncias atenuantes ou agravantes da sanção.

Ao nosso sentir, a proteção à moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*) e à função social da propriedade (CF, art. 170, III), de que deriva a Lei Anticorrupção, pende de culpa ou dolo da pessoa jurídica beneficiária. Para além da recomposição do dano – matéria que não nos é estranha, por exemplo, na seara consumerista – a beneficiária do ato ilícito seria punida mesmo na ausência de intenção ou de desfuncionalidade de políticas de integridade, que levam à prática culpável de ofensa aos tipos do art. 5.º da Lei Anticorrupção.

Essa hipótese parece completamente contrária ao direito. Note-se que estamos tratando da responsabilidade-sanção, não da responsabilidade-ressarcimento, que se viabilizaria, por exemplo, pela vedação ao enriquecimento sem causa da empresa (que obteve um benefício indevido à custa do erário ou de ato de autoridade desprovido de fundamento válido).

Mesmo com esse estranhamento, a responsabilização objetiva, para fins de sancionamento com base na Lei Anticorrupção (sanções do art. 6.º e do art. 19), seria a consequência literal da norma para esse caso hipotético, posto que estariam presentes os pressupostos para a aplicação da pena: a ocorrência de um ilícito e seu liame com o benefício a pessoa jurídica.

Estar-se-ia punindo, e punindo com gravidade, a pessoa jurídica que, embora não sendo propriamente uma terceira na relação porque beneficiada indevidamente, não concorreu com a prática do ilícito ou até mesmo procurou-se precaver objetivando um ambiente sadio nas suas relações com o Estado.

Não parece sequer aderente à natureza jurídica das penas previstas na Lei Anticorrupção – sobretudo dissuasória do comportamento indesejado – que uma punição pudesse decorrer de um ato contrário à vontade de quem deva suportar o sancionamento. Ou até mesmo retributiva, porquanto se estaria a punir quem não provocou o delito – ao revés, colocou em marcha um sistema de prevenção à integridade de suas ações.

Decerto que a apuração do elemento volitivo de uma pessoa jurídica seja mesmo uma das formas daquilo que se convencionou chamar de *prova diabólica*, pois não se cogita de, por exemplo, uma deliberação societária, registrada em ata, arquivada no Registro do Comércio, contendo uma diretriz assemblear para a diretoria cometer ilícitos em desfavor do erário.

O que se pode compreender da novel legislação é que a existência e o funcionamento efetivo do seu sistema de integridade é a chave para compreender aquilo que o artigo 2º denominou *responsabilidade objetiva*: a organização empresarial deve possuir *standards* de comportamento e de estruturas, inclusive após a constatação do ilícito, que permitam concluir que o ato lesivo decorreu de um ato individual e isolado de determinado colaborador. Assim, não apenas como prevenção ao ilícito – com treinamentos, estruturas de *whistle-blowing*, regras e códigos de conduta – mas também no momento de colaboração para a apuração dos fatos, é que se pode-

rá afirmar se a organização empresarial compactou ou não com o ilícito verificado. Sua culpabilidade, se é que se pode utilizar o termo nessa situação, passará pelo exercício de verificar referidas situações.

Fora dessa realidade, estar-se-á admitindo o apenamento contrário ao direito, porque a própria punição não terá referência a um comportamento negativo de quem a suportará, seja porque a entidade não merece a punição, seja porque essa punição não trará qualquer exemplo para a sociedade, porque sinaliza arbítrio.

As penas previstas na legislação – pecuniárias e restritivas de direitos – afetam sobretudo dois conjuntos de direitos essenciais da organização empresarial que pratique um ato de corrupção: o direito de propriedade, ao impor o pagamento de multa, e a liberdade de iniciativa, quando veda a entidade a prática de determinados atos (vedação de contratação com o poder público, restrição a atividades etc.).

A fundamentação constitucional⁸ para a restrição a esse conjunto de direitos não pode se liminar à invocação do princípio da moralidade, previsto no *caput* do art. 37 da Carta Federal, apenas e tão somente quando constatado um benefício à organização empresarial decorrente de ilícito. Há que se assomar ao devido processo legal a constatação de um desvalor relacionado àquele que se pretende imputar a pena.

Como estamos tratando de pessoa jurídica – e dadas as dificuldades apontadas por Nieto – parece natural que se possa *objetivar* seu elemento volitivo a partir de determinados requisitos, v.g., a estruturação de um programa confiável e efetivo de *compliance*, com comprometimento da alta direção, além da colaboração na apuração, caso o ilícito já tenha se consumado.

Assim, resta passível de punição ou a empresa que deliberadamente envolveu-se no ato ilícito ou aquela em que seus controles são tênues, campo fértil para o desenvolvimento de práticas contrárias à ética. Fora dessas hipóteses, repita-se, entendemos inviável a punição, a responsabilidade-sanção.

Note-se que, para a reparação do dano ocasionado, há a indispensável previsão do ressarcimento – em quaisquer hipóteses, de apenamento administrativo, judicial ou na transação pela leniência – temática em que se pode considerar a Lei Anticorrupção inovadora e que parece ser a leitura possível da novel lei, na temática da responsabilidade objetiva.

Todavia, as demais sanções – multa e restrições a direitos – não se justificariam serem impostas se não houvesse, ao menos, um desvalor, ainda que mínimo no nível organizacional da companhia, que permitisse a difusão de práticas corporativas antiéticas.

O que se poderia chamar de *culpabilidade* da pessoa jurídica, portanto, a ensejar a movimentação da máquina punitiva, ao nosso sentir, seria ou a má organização

8. Conforme a doutrina de Virgílio Afonso da Silva.

de seus mecanismos de integridade, ou o seu envolvimento direto e deliberado na formação do ato ilícito.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

A legislação que se apresenta e que tem suscitado debates e preocupações no seio privado e da administração pública trouxe importantes inovações para o estabelecimento de comportamento ético na relação das empresas com o Estado.

Dentre esses, a transferência do foco persecutório do corrupto para o corruptor e a possibilidade de apenamento independentemente de culpa ou dolo podem ser considerados os mais importantes, ao lado do ferramental indispensável para sua estruturação: a cultura e os instrumentos de *compliance*.

Este artigo defende a averiguação de algum desvalor no comportamento ou na estrutura da empresa como a justificação para o apenamento com as sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6.º) e perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica, além de proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos (art. 19).

A responsabilidade objetiva remanesce, como conhecemos (independentemente de culpa ou dolo), para o ressarcimento dos danos verificados.

6. BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Direito das obrigações*, 2.ª Parte. São Paulo: Saraiva, 1971.
- BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. 3: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Buenos Aires: Uteha, 1960. vol. II.
- CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- CALDEIRA, Jorge (org.). *Brasil: a história contada por quem viu*. São Paulo: Mameluco, 2008.
- CARVALHOSA, Modesto (coord.). *O livro negro da corrupção*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- CASERMEIRO, Pablo Rando. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CUNHA PEIXOTO. *Sociedades por ações*. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. 4.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; NUSDEO, Fabio; SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção*. Barueri: Manole, 2009.
- FIGUEREIDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012.
- GARCÍA NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. I:
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOBO DA COSTA, Helena Regina. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de livre-docência. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2013.
- MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos e vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiro, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. I.
- _____. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. II.

- ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ZYMLER, Benjamin. *Regime diferenciado de contratação – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado, de Wallace Paiva Martins Júnior e Mário Antonio de Campos Tebet – RT 754/495, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/1349 (DTR\1998\579);
- O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, de José Augusto Delgado – RT 680/34 (DTR\1992\411); e
- Responsabilidade civil por improbidade administrativa, de Antônio José de Mattos Neto – RT 752/31, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 6/373, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 7/737 (DTR\1998\559).