

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIRIO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS-CCJP**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD**

**DISSERTAÇÃO DE CONCLUSÃO DE PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM**  
**DIREITO**

**RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVA NA LEI 12846/2013**

**Aluno: André Amaral de Aguiar**

**RIO DE JANEIRO**

**2015**

**Exma. Banca Examinadora**

---

---

---

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>Pág 5</b>
<b>CAITULO I - GLOBALIZAÇÃO, REDES DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO.....</b>	<b>Pág 8</b>
<b>1.1 - PAPEL DO ESTADO E ESTRATÉGIA PARA MELHORAR A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES NO MUNDO GLOBALIZADO.....</b>	<b>Pág. 8</b>
<b>1.2 - REDES DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO.....</b>	<b>Pág. 13</b>
<b>CAPÍTULO II - AUTOREGULAÇÃO REGULADA E A LEI ANTICORRUPÇÃO.....</b>	<b>Pág. 28</b>
<b>2.1 - REGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO.....</b>	<b>Pág. 28</b>
<b>2.2 - AUTORREGULAÇÃO REGULADA E COMPLIANCE.....</b>	<b>Pág. 30</b>
<b>CAPÍTULO III - NATUREZA JURIDICA DAS SANÇÕES.....</b>	<b>Pág. 38</b>
<b>3.1 - APRESENTAÇÃO DO TEMA.....</b>	<b>Pág. 38</b>
<b>3.2 - DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL, PENAL e ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>Pág. 39</b>
<b>3.3 - DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>Pág. 41</b>
<b>CAPÍTULO IV - DA RESPONSABILIDE ADMINISTRATIVA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA PELAS PENAS COMINADAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....</b>	<b>Pág. 62</b>

**4.1 APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL AO DIREITO SANCIONADOR.....Pág. 62**

**4.2 - IMPUTAÇÃO DA SANÇÃO INDEPENDENTE DE CULPA OU DOLO DA PESSOA NATURAL QUE ATUA NO INTERESSE OU BENEFÍCIO DA PESSOA JURÍDICA...Pág. 66**

**4.3 - IMPUTAÇÃO À PESSOA JURÍDICA DA CONDOTA DOLOSA OU CULPOSA DA PESSOA NATURAL QUE ATUA EM SEU BENEFÍCIO OU INTERESSE, INDEPENDENTEMENTE DE SE PERQUIRIR A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA.....Pág. 68**

**4.4 - ADOÇÃO DE CRITÉRIOS NORMATIVOS DESVINCULADOS DA CULPA E DOLO, FORJANDO-SE UMA responsabilidade PRÓPRIA DA PESSOA JURÍDICA.....Pág. 82**

**CONCLUSÃO.....Pág. 100**

**REFERÊNCIAS.....Pág. 102**

**Confiança , divisão horizontal deslocamento do dever de vigilância e principio da confiança.**

## INTRODUÇÃO

O combate à corrupção foi um dos temas centrais das eleições ocorridas em outubro de 2014 e já havia ensejado grandes manifestações em junho de 2013. Estas manifestações forçaram o Congresso Nacional a criar uma agenda positiva, que dentre outras medidas resultou na promulgação da Lei 12846/2013, denominada Lei Anticorrupção.

Referido diploma legal estabeleceu sanções pesadas para pessoas jurídicas envolvidas na prática dos atos tipificados pela lei. É certo que a lei tentou estabelecer sanções também a dirigentes e outras pessoas naturais envolvidas nos atos nela tipificados, como se observa em seu artigo 3. Contudo, o artigo 5 deixou de tipificar as condutas de pessoas naturais, referindo-se exclusivamente a pessoas jurídicas. Assim, a punição de dirigentes e outras pessoas naturais deverá ser fundamentada em outros diplomas legais, como o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa.

Poder-se-ia encarar a Lei Anticorrupção simplesmente enfocando-se seu aspecto punitivo. No entanto, a este aspecto deve-se somar o incentivo a implementação e efetivo emprego de sistemas de conformidade por pessoas jurídicas, que talvez seja o ponto mais inovador e eficaz no combate à corrupção, propiciando uma alteração na cultura incrustada no ambiente empresarial brasileiro, modificando as relações entre a Administração e a rede de empresas envolvidas em contratações públicas.

Este duplo enfoque, que tem em mira não só o viés punitivo, mas também o incentivo a criação e emprego de sistemas de conformidade, permite enxergar na Lei Anticorrupção uma verdadeira política pública cuja implementação incumbe em parte ao Estado e em outra às pessoas jurídicas potencialmente afetadas pela nova legislação.

O conceito de política pública tanto pode ser encarado por uma abordagem estatista como por uma abordagem multicêntrica. Segundo SECCHI (2010), a abordagem estatista encara a política pública como monopólio de atores estatais. Já a abordagem multicêntrica se foca no problema

público, admitindo que atores não estatais formulem e implementem políticas públicas, a qual é conceituada tendo em vista seu objetivo de solucionar problemas públicos.

O primeiro passo para encarar a Lei Anticorrupção como uma verdadeira política pública estruturada a combater este problema é admitir a participação de atores não estatais na implantação e formulação de políticas públicas. Admitindo-se este ponto, é possível vislumbrar nos dispositivos legais que fazem referencia a elementos inerentes a sistemas de conformidade como um estímulo público à adoção destes sistemas, os quais permitem combater a corrupção no interior da pessoa jurídica, estimulando-a a se organizar internamente de forma a evitar que as condutas tipificadas na lei sejam praticadas por pessoas naturais e jurídicas a ela vinculadas.

Pressupondo como sendo um dos objetivos da lei estimular a implementação e emprego destes sistemas de conformidade e, com isso, envolver as próprias pessoas jurídicas no enfrentamento deste problema, se demonstrará que a própria responsabilidade objetiva prevista na lei se relaciona com a construção de um conceito de culpabilidade próprio da pessoa jurídica, o qual está ligado a eventual defeito de organização empresarial, se desvinculando dos elementos subjetivos culpa e dolo inerentes à conduta do ser humano.

A fim de chegar a este resultado, se demonstrará no primeiro capítulo que a globalização traz dificuldades ao Estado para regular a conduta de agentes econômicos, tendo em vista que o capital trafega pelo globo em velocidade cada vez maior, apesar da circulação de pessoas ainda encontrar limitações bastante claras. Em razão desta perda de eficácia de seu poder regulatório, é necessário que o Estado busque alternativas visando incrementar a efetividade das políticas públicas por ele adotadas, o que passa pelo envolvimento dos atores por elas afetados em sua implementação e formulação, o que pode dar ensejo ao surgimento de uma rede de política pública envolvendo atores não estatais. Como restará demonstrado naquele capítulo, a Lei Anticorrupção pode ensejar o surgimento de uma rede de combate à corrupção envolvendo atores estatais e não estatais, caso se interprete a responsabilidade objetiva nela prevista como um abandono dos elementos subjetivos dolo e culpa, ligados a psique humana, adotando-se em substituição um modelo de culpabilidade construtivista focado no defeito de organização empresarial.

No segundo capítulo, busca-se demonstrar que a apontada perda de eficácia do poder regulatório do Estado pode ser compensada com a instrumentalização da autorregulação empresarial em benefício de objetivos públicos, o que pode gerar resultados mais eficazes do que a simples heterorregulação. Assim, se compreenderá que a consideração da responsabilidade objetiva prevista na lei como a adoção de uma culpabilidade construtivista, focada na adoção de sistemas de conformidade, cuja ausência ou deficiência conota um defeito na organização, é uma forma de utilização da autorregulação empresarial no combate à corrupção, o que pode ser denominado autorregulação regulada.

No terceiro capítulo será averiguada a natureza jurídica das sanções previstas pela Lei Anticorrupção, as quais podem ser impostas por autoridades administrativas e judiciais, o que pode acarretar embaraços para aqueles que advogam existir somente uma diferença formal entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal baseada na autoridade incumbida de impor a sanção.

No quarto e último capítulo serão apresentadas três formas de se interpretar a responsabilidade objetiva prevista na lei e se buscará adotar a exegese que melhor se adeque aos princípios constitucionais que regem toda atividade punitiva estatal, a qual, como já adiantado, é aquela focada na construção de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, que ainda tem o benefício de gerar uma cultura de combate à corrupção no seio empresarial brasileiro.

## **CAPÍTULO I - GLOBALIZAÇÃO, REDES DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO.**

### **1.1 - PAPEL DO ESTADO E ESTRATÉGIA PARA MELHORAR A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES NO MUNDO GLOBALIZADO.**

O desenho moderno de Estados-Nações com o exercício exclusivo de soberania sobre determinado território é atribuído ao Tratado de Westafália de 1648, que deu termo a guerra dos 30 anos e afirmou os princípios da liberdade religiosa, da igualdade entre Estados e da soberania.

Em termos ideais, cada Estado-Nação seria constituído por um povo, com aspectos culturais semelhantes, como língua, religião, costumes e tradições, o qual se fixaria em determinado território sobre o qual deteria poder político (BRITO.2008). Note-se, contudo, que esta idealização não se concretizou, de forma que alguns grupos étnicos prevaleciam em detrimento de outros, apesar de ambos estarem unidos no projeto maior de constituição do Estado Nacional. Assim, sob a perspectiva ideal, perante aos demais Estados-Nação, o que importava era o vínculo de origem do indivíduo com determinado Estado e não seu pertencimento a um grupo étnico.

Desta forma, cada povo seria detentor do poder político no território que estivesse instalado e, através do governo constituído, teria o poder de regulamentar todos os bens e atividades que ali se desenvolvessem, podendo impor restrições e condicionantes, sem que isto pudesse gerar reações significativas por parte dos agentes econômicos, os quais limitavam sua atuação também a um território.

Contudo, o desenvolvimento do capitalismo levou ao surgimento de grandes conglomerados multinacionais que atuam de maneira concertada em diversos países, transferindo receitas auferidas em um Estado para outro, de maneira que investir no desenvolvimento de suas atividades aqui ou ali faz parte de uma estratégia que pode ser adotada com certa autonomia com relação às políticas macroeconômicas adotadas pelo Estado Nação. Além disto, o desenvolvimento tecnológico permitiu o surgimento de um capital financeiro internacional capaz de financiar empresas e

governos nos quatro cantos do mundo e de produzir grandes fluxos de capital de um local para outro em segundos.

Estes fenômenos, paralelamente ao crescente endividamento dos Estados-Nação, que se encontram cada vez mais dependentes de financiamento externo, vem abalando sua autonomia para adoção de políticas visando regulamentar as condutas de agentes econômicos, a ponto de haver quem sustente a completa ineficácia de políticas públicas visando regular o mercado no mundo globalizado.

A erosão do poder estatal de regulamentar com eficácia as condutas dos agentes econômicos, a revolução dos transportes e dos meios de comunicação, que permitiu grandes fluxos de pessoas pelo mundo, e o acesso a manifestações culturais diversas, mesmo que distante de seu foco territorial de origem, obriga que seja repensado o papel do Estado em um mundo em crescente globalização, pois estes fatores abalaram o alicerce sob o qual ele foi cunhado.

Segundo Maria Forjaz (2000), três visões sobre o papel do Estado no mundo globalizado podem ser destacadas. Para a primeira, o Estado perdeu totalmente a importância como agência decisória, tendo sucumbido diante da impossibilidade de regular o mercado globalizado. Para os adeptos deste ponto de vista, os Estados devem seguir o receituário previsto no consenso de Washington, seguindo uma agenda que visa agradar o mercado com desregulamentação da economia e enxugamento de seu papel na sociedade, com a consequente revisão das políticas desenvolvidas na época do Estado de Bem Estar Social.

Ainda segundo Maria Forjaz(2000), existe uma segunda corrente de pensadores que considera que a globalização seria um modismo passageiro, a qual não traria maiores riscos aos Estados-Nação.

Adotando uma posição intermediária entre as posições explicitadas acima, existem àqueles que defendem que a globalização não representa o ocaso dos Estados-Nação, mas constitui um desafio que impõe reflexões a respeito de suas funções, ressaltando a necessidade de adoção de estratégias criativas para o enfrentamento deste fenômeno, que inegavelmente afeta o poder estatal de regular eficazmente as atividades desenvolvidas em seu território.

Note-se que apesar do mercado financeiro se encontrar globalizado, com livre fluxo de capital pelos quatro cantos do mundo, o mercado de trabalho ainda não atingiu este estágio. Trabalhadores possuem mobilidade limitada, necessitando de vistos e permissões para desempenharem suas atividades em países diversos do de sua nacionalidade e, por isto, esperam que seu Estado natal desenvolva políticas que garantam ampla oferta de emprego e renda dentro de seus limites territoriais.

Parece inegável que para garantir esta oferta de emprego e renda, o Estado deve se manter atraente para os investidores atuantes no mercado global, o que impõe a adoção de algumas medidas favoráveis ao mercado, com certo grau de desregulamentação da economia e redução dos gastos públicos, a fim de formar uma reserva monetária que lhe assegure reduzir os impactos de eventuais crises, contendo movimentos abruptos de ingresso e saída de capital em suas fronteiras, que acabam repercutindo na produção nacional e na capacidade de sua economia gerar emprego e renda. A adoção destas medidas é uma forma de garantir previsibilidade a respeito do que acontece no mercado desenvolvido dentro de suas fronteiras, que, por sua vez, é fundamental para seu desenvolvimento, pois, de regra, o investidor procura alocar seus recursos aonde possa calcular qual será o retorno do capital investido.

No contexto atual, uma coisa parece certa, os gastos dos Estados-Nação no mundo globalizado encontram limites. A emissão de papel moeda gera rapidamente alteração de seu padrão monetário face à moeda dos demais países, o que reflete no poder aquisitivo de sua população, que consome bens e serviços total ou parcialmente produzidos fora de suas fronteiras. Além disto, o aumento de gastos públicos podem gerar pressões inflacionárias e flutuações do valor da moeda local, que diminuem a previsibilidade a respeito do que ocorre no interior das fronteiras do Estado, tornando-o menos atraente para o mercado global.

Vê-se, portanto, que no atual contexto mundial, o Estado funciona como amortecedor colocado entre o mercado, cada vez mais globalizado, e o cidadão, que em geral continua vinculado ao Estado que lhe confere cidadania. É certo que com o desenvolvimento dos transportes o fluxo de pessoas pelo mundo cresceu enormemente. Contudo, estamos longe do estabelecimento do livre fluxo de pessoas pelo globo, havendo diversas restrições e tratamentos diferenciados em razão do Estado cuja cidadania o sujeito ostenta.

Como salienta Eli Diniz(2006), as políticas de contenção de gastos e desregulamentação nas décadas de 80 e 90 aumentaram o hiato existente entre as grandes potências e os países menos desenvolvidos, bem como agravou as desigualdades existentes no interior dos próprios Estados-Nação, o que contribuiu para a eclosão de conflitos étnicos no interior de Estados formados por cidadãos com identidades étnicas diversas, pois se no momento do apogeu do Estado-Nação se acentuavam as semelhanças ente os povos existentes em suas fronteiras, a ponto de compartilharem o mesmo vínculo jurídico de nacionalidade, com sua crise, passou-se a acentuar as divergências e o anseio de autodeterminação.

Assim, se para o mercado a globalização representa a eliminação de fronteiras ao capital internacional, para as pessoas naturais as fronteiras ainda são bem visíveis.

Vê-se, portanto, que o Estado Nacional ainda possui uma função relevante no mundo globalizado, embora tenha seu leque de ação coitado por este fenômeno, o que impõe a adoção de estratégias de ações conjuntas entre Estados e adoção de soluções criativas para enfretamento de problemas, o que tem levado ao desenvolvimento de novas formas de relacionamentos entre governo e sociedade.

Ao lado dos desafios trazidos pela globalização para a capacidade de ação do Estado, merecem ser analisados fatores internos ao Estado brasileiro que também repercutem em seu funcionamento. Note-se que a acentuação do processo de globalização nos anos 80 e 90 coincidiu com a redemocratização do Brasil. Segundo Eli Diniz, alguns analistas, com os quais discorda, relacionam a dificuldade de ação do Estado com o processo de redemocratização, que teria contribuído para sua paralisia, a qual estaria relacionada ao inchaço da agenda pública em consequência do aumento de demandas decorrentes deste processo, interferência excessiva do Congresso e consequente descompasso entre sua capacidade de ação e pressão social. (Diniz 1997).

Em decorrência deste tipo de análise, prescreveu-se como solução da crise a concentração do poder decisório a respeito de políticas públicas na alta cúpula do Poder Executivo, através de um corpo técnico burocrático, em detrimento da construção de soluções conciliatórias e negociadas, privilegiando-se instrumentos coercitivos de implementação de políticas e a utilização de

meios normativos que limitam a participação do Congresso Nacional, como Medidas Provisórias (Diniz 1997).

Eli Diniz sustenta, contudo, que o diagnóstico da crise acima mencionado carece de fundamentação empírica, pois o excesso de edição de Medidas Provisórias demonstraria uma hiperatividade decisória do governo ao lado de falência executiva. Assim, a crise seria decorrente de falhas na implementação das políticas objeto de decisões e não da ausência de decisões. Para corrigir estas falhas, sugere a criação de mecanismos e instrumentos que viabilizem a cooperação e negociação e a busca de acordos e parcerias, alargando-se o universo de atores participantes da implementação e formulação de políticas públicas, sem que se abra mão de instrumentos de supervisão e controle, combinando-se noções de governabilidade e governança. (Diniz 1997).

Como ressalta Alcindo Gonçalves, o Banco Mundial, no documento *Governance and Development*, ressalta que os procedimentos e práticas governamentais, bem como a participação dos setores interessados e a articulação público-privada na formulação e implementação de políticas públicas possuem relevância, devendo a capacidade de governo ser avaliada não só pelos resultados das políticas governamentais, mas também pela forma pela qual exerce seu poder, com maior ou menor participação popular. Referido autor destaca três dimensões do conceito de governança. A primeira estaria ligada à noção de meio apto à obtenção de resultados eficazes. A segunda seria pertinente à ampliação da participação nos processos de decisão e a última a utilização de instrumentos de consenso e persuasão ao invés de meios de coerção.

Note-se que estas análises que advogam uma maior participação social na formulação e implementação de políticas públicas, articulando no conceito de governança não só a obtenção dos resultados visados pela política, mas também a participação social, principalmente daqueles afetados pelas políticas públicas, se coadunam com as ideias defendidas por LUHMANN (1985), que afirma que a legitimidade de determinada medida decorre do procedimento adotado para sua produção, o qual deveria permitir aos indivíduos afetados o poder de participar no processo de decisão.

Esta maior participação social na decisão também remete à Amartya Sen(2010), que propõe que a noção de desenvolvimento não se foque exclusivamente na expansão da renda, mas sim

no aumento das liberdades materiais dos integrantes de uma sociedade, enfatizando a distribuição destas liberdades pelo membros do corpo social.

Referido autor investiga o papel de cinco liberdades que, segundo afirma, não são apenas fins do desenvolvimento das nações, mas também os meios principais de se chegar ao desenvolvimento, havendo um inter-relacionamento entre estas liberdades entre si e com o desenvolvimento econômico. As liberdades destacadas na análise em questão são: liberdades políticas; facilidades econômicas; oportunidades sociais; garantias de transparência e segurança protetora.

Para Amartya (2010), deve-se analisar o desenvolvimento de uma sociedade de acordo as liberdades substantivas detidas por seus integrantes para escolha da vida que valorizem (capacidade). Assim, a análise não se esgota nos bens primários que as pessoas possuem, adentrando nas características pessoais relevantes que influam na conversão destes bens em capacidade dos cidadãos de promover seus objetivos. Assim, além de aumentar a probabilidade de se chegar a uma decisão mais eficaz, uma maior participação social na decisão agregaria a ela valor, ainda que ao final fosse coincidente com a decisão imaginada desde o início pelo órgão com poder decisório.

Vê-se, portanto, que o fenômeno da globalização impõe novos desafios ao Estado, que para enfrentá-los necessita se aliar a outros Estados e fortalecer mecanismos democráticos de participação da sociedade na formulação e implementação de políticas públicas. Isto ocorre através da celebração de tratados internacionais e da adoção de novos meios de governança que garantam maior participação social, visando obter políticas públicas com resultados mais adequados à sociedade.

A maior participação social tende a gerar decisões melhores informadas, acarretando menores obstáculos em sua implementação, uma vez que o processo de discussão e debates leva ao convencimento e persuasão dos responsáveis por sua implementação e dos agentes por ela afetados, evitando o surgimento de obstáculos nesta fase do ciclo de política, o que, conseqüentemente, aumenta a eficácia da decisão tomada, principalmente quando a própria implementação da política é atribuída a agentes não estatais integrantes da comunidade afetada.

Esta abordagem focada no conceito de governança, que para alguns levaria à constituição de um novo modelo organizacional do Estado denominado de modelo de “governança Pública” (SECCHI 2009), remete ao estudo das denominadas redes de políticas públicas.

## **1.2 - REDES DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A LEI ANTICORRUPÇÃO.**

A respeito da constituição de redes de política pública, BORZEL (1998) demonstra que existem duas escolas que tratam do tema. A primeira, mais desenvolvida nos Estados Unidos, entende redes de políticas públicas como um termo genérico para designar diferentes formas de relacionamentos entre interesses de grupos e o Estado. A segunda, presente principalmente em trabalhos de origem germânica, e que referido autor denomina de “Escola de Governança,” concebe redes de políticas públicas como uma forma de governança caracterizada por uma maneira específica de relacionamento entre agentes públicos e privados, baseada em uma coordenação não hierárquica entre estes setores. Esta “Escola de Governança” aparece como uma alternativa a adoção dos modelos de governança hierárquico burocrático weberiano, que se baseia na coordenação hierarquizada, e ao modelo de governança de mercado, em que o Estado se retira de uma área deixando-a a livre regulamentação do mercado.

De acordo com Schneider (2005), o modelo de redes de políticas públicas decorre da impossibilidade de atores estatais garantirem sozinhos recursos necessários à implementação de políticas públicas, tendo em vista a complexidade do mundo moderno, o que os obriga a obtê-los através de um processo de intercâmbio com atores não estatais, deslocando tarefas para setores sociais, através de auto-regulamentação total ou parcial, ou produzindo políticas em cooperação com aqueles. Para mencionado autor, a adoção deste modelo possui intrínseca relação com o fenômeno da globalização, que reduz o poder de controle do Estado tanto dentro de seu território quanto no sistema global, compelindo-o à negociação, intercâmbio, coordenação e cooperação.

Ainda segundo Schneider(2005), as análises de redes de políticas públicas possuem os seguintes pontos de convergência:

- 1)A formulação de políticas públicas resulta da interação de muitos atores distintos, tanto públicos como privados;

- .2) o conceito de rede se refere a vínculos diretos e indiretos que integram estes atores na formulação de políticas públicas;
- 3) Existem diferenças de poder e influencia entre estes atores;
- 4) Estas posições de poder e influência são determinadas não só por vínculos políticos institucionais formais, mas também por vínculos informais, como comunicação, intercambio de recursos, interação estratégica.

O entendimento de redes de políticas públicas como uma específica forma de governança pública pode constituir uma solução para o diagnóstico apresentado por DINIZ (1997) para o insucesso na implementação de políticas públicas no Brasil, na medida em que gera uma maior participação dos atores afetados pela política na sua elaboração e implementação, acarretando a adoção de soluções negociadas e, com isso, minimizando o surgimento de entraves não previstos, o que incrementa sua eficácia.

Como observa SANTOS (2005), o Estado envolvido no processo de políticas públicas através de rede não é um Estado prisioneiro e fragilizado em sua ação e nem representa a abdicação de seu papel de formular e implementar políticas públicas. Este modelo se constitui em uma nova forma de processar demandas em que atores não estatais estão presentes na identificação de problemas e na proposição e implementação de soluções. Contudo, é preciso analisar a capacidade dos atores não estatais de contribuir neste processo de constituição de redes para a formulação e implementação de políticas públicas, a fim de se evitar que este sistema se transmude em um meio de se permitir a apropriação de recursos públicos por interesses privados, o que DINIZ (1995) chama de “privatização do Estado.”

É possível implementar políticas públicas através do sistema de redes sem que haja o formal travamento de um vínculo entre os atores privados e o Estado (BORZEL, 1998). Com efeito, a política pública anticorrupção criada pela Lei 12846/2013 constitui um exemplo de política pública cuja parte relevante da implementação se encontra em mãos de atores privados, sem que haja o travamento de um vínculo prévio entre estes particulares e o Estado.

Segundo SECCHI (2010), deve-se adotar um conceito de política pública multicêntrico, baseado no problema público, de forma que uma política pode ser conceituada como pública quando é

destinada a solucionar um problema público, podendo sua formulação e implementação estar no todo ou em parte nas mãos de particulares. A Lei 12846/2013 criou severas punições a pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção e estabeleceu como um dos parâmetros para fixação destas penas a existência de programas de conformidade que visam estabelecer um controle pelos próprios entes coletivos das condutas de seus agentes. Vejamos:

A corrupção drena recursos de políticas públicas essenciais nas áreas de saúde, educação, previdência, segurança, infraestrutura etc, dificultando a implementação de novas iniciativas nestas áreas e a avaliação e revisão das políticas já existentes. Entretanto, ela não só acarreta o dispêndio indevido de dinheiro público, mas atinge também o ambiente de negócios privados realizados no país, afetando a livre concorrência entre agentes econômicos, desequilibrando o mercado. Este desequilíbrio acaba por interferir no preço e qualidade dos serviços públicos oferecidos no Brasil.

Em um mundo globalizado, o grau de corrupção do país acaba afetando a sua capacidade de atrair capital e gerar empregos, pois o mercado deseja obter previsibilidade de retorno de seus investimentos, a qual é extremamente abalada por este mal, pois, o aumento da participação de mercado de cada agente econômico deixa de ser definido por mecanismos de mercado, como preço, eficiência e qualidade, sendo influenciado pelo pagamento de propina.

Além disto, a corrupção realizada pelas lideranças corporativas da empresa pode afetar a conduta de seus próprios empregados, que se veem tentados a utilizar as técnicas de corrupção em benefício próprio, o que eleva os custos necessários a manutenção do negócio e, conseqüentemente, acarreta perda de competitividade, gerando um círculo vicioso em que, em razão da falta de competitividade, a empresa oferece propina para angariar negócios, realizando pagamentos ilícitos, que, por sua vez, geram uma cultura de práticas ilícitas que se voltam contra a própria empresa, aumentando seus custos e, como consequência, sua falta de competitividade.

Vê-se, portanto, que a adoção de políticas públicas eficientes de controle à corrupção é uma condição necessária à inserção do Brasil no atual mundo globalizado e ao desenvolvimento do país, não só por evitar a drenagem de recursos públicos pelo ralo da corrupção, mas também por criar um ambiente concorrencial que estimula investimentos privados, atraindo capital produtivo internacional.

Historicamente, as políticas públicas anticorrupção adotadas no país focavam-se no desenvolvimento de mecanismos de controle e punição de condutas de agentes públicos que recebessem propina. O particular somente era penalizado quando tomasse a iniciativa da negociação, oferecendo ou prometendo vantagem a funcionário público visando à prática, omissão ou retardamento de um ato de ofício, pois o tipo do artigo 337 do Código Penal não pune a conduta de dar vantagem a funcionário público.

Assim, quando o agente de uma pessoa jurídica realizava o pagamento da quantia pleiteada por algum funcionário público, o mesmo não poderia ser punido por corrupção, pois esta conduta não encontra previsão típica no artigo 337 do Código Penal. Ou seja, o crime de corrupção não é bilateral, o funcionário público pode ser punido pela corrupção passiva sem que o particular seja punido pela corrupção ativa.

Além disto, tendo em vista o princípio da personalidade da pena, somente a pessoa natural que praticasse a conduta criminosa poderia ser punida, eventual pessoa jurídica a ela vinculada, muitas vezes afetiva beneficiária do ato de corrupção, não poderia ser penalizada pela conduta de seu preposto.

Esta situação vem gerando situações curiosas, como a existência de uma indústria de corruptores especializados em fraudar licitações públicas, em que diversas empresas combinam entre si quais serão os vencedores de cada licitação e já formulam suas propostas previamente acertadas com as demais para ganhar ou perder a licitação, de acordo com a combinação previamente estipulada.

Visando subverter esta ordem, foi publicada em 2 de agosto de 2013 a Lei 12846/2013, denominada de Lei Anticorrupção. Esta lei tem como objetivo implementar a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

Referida legislação decorre da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais firmado pelo Brasil com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. O projeto de Lei que resultou

na promulgação da lei anticorrupção fora enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional ainda em 2010 e vinha encontrando alguma resistência naquela casa. Entretanto, as manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013 deram o impulso necessário à aprovação da Lei.

O tratado firmado pelo Brasil com a OCDE prevê o monitoramento de sua implementação focado em três pontos, o primeiro é o estabelecimento de leis anticorrupção, o segundo é a averiguação da efetividade da lei e dos esforços de combate à corrupção e o terceiro é o constante aprimoramento dos mecanismos de controle.

Com a edição da Lei 12846/2013 o Brasil inicia o cumprimento da obrigação assumida perante os membros da OCDE. Contudo, o adimplemento de seu compromisso internacional somente será exitoso com o efetivo cumprimento da lei e constante atualização e melhoramento das práticas nela fundamentadas.

A lei 12846/2013 visa controlar a corrupção através do estabelecimento de uma responsabilidade objetiva civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática por seus agentes de atos contra a Administração Pública. Neste intuito, são tipificadas determinadas condutas como ilícito administrativo cujas penas variam de 0,1%(um décimo por cento) a 20%(vinte por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica, além da publicação extraordinária da decisão condenatória, que pode representar uma punição ainda maior do que as penas pecuniárias impostas, pois afeta a imagem da pessoa jurídica perante o mercado, dificultando a obtenção de financiamento e novos negócios.

A criação desta responsabilidade objetiva e a imposição de expressivas penas às pessoas jurídicas podem ser consideradas um dos pilares da nova legislação. O outro e, talvez mais relevante, é o incentivo a criação de mecanismos de conformidade pelas empresas atuantes no mercado brasileiro, que tem potencialidade para interferir nas relações entre os agentes que direta ou indiretamente se relacionam com o Estado, como será demonstrado.

A lei 12.846/2013 incentiva a adoção destes mecanismos ao estabelecer que a individualização das rigorosas penas por ela previstas levarão em consideração a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética

e de conduta. Além disto, a lei cria o instituto do acordo de leniência, que pode acarretar a diminuição das penas impostas em até 2/3 em caso de efetiva colaboração com a investigação de práticas vedadas, o que também estimula a criação de instrumentos de controle pelos destinatários da norma.

Este estímulo a criação de mecanismos de “*compliance*” talvez seja o ponto mais importante da nova lei, pois a experiência vem demonstrando que a simples criação e incremento de punições não são suficientes para impedir a prática de condutas delituosas. Paralelamente a isto, é preciso criar uma cultura coletiva de combate à corrupção no ambiente empresarial, o que pode ser galgado através da disseminação destes mecanismos.

Note-se que a lei não obrigou a adoção de mecanismos de conformidade e nem criou um modelo de “*compliance*,” deixando para o aplicador avaliar diante do caso concreto se a pessoa jurídica investigada pela prática de condutas nela previstas deveria adotar estes mecanismos, e que modelo seria adequado, tendo em vista seu porte, sua área de atuação, o comportamento de suas congêneres em casos semelhantes etc.

Ao estimular a adoção destes mecanismos e tipificar o ato de prometer, oferecer ou dar indiretamente vantagem indevida a agente público ou pessoa a ele relacionada, a lei possibilitou a instauração de uma rede de combate à corrupção inspirada no enfoque de redes de políticas públicas, criando para cada agente atuante no mercado o ônus de conhecer os parceiros com quem se relacionam, pois há possibilidade de que seja responsabilizado por atos de corrupção ativa praticados por terceiros em seu benefício ou interesse.

Note-se, que a imposição deste ônus tem potencial para interferir nas relações entre os integrantes da rede, dificultando a permanência daqueles que se valem do pagamento de propina a servidores públicos. Isto ocorrerá porque as pessoas jurídicas nela atuantes tenderão a criar mecanismos de controle e auditoria visando evitar relacionamentos com atores que potencialmente tenham tendência a se utilizarem de práticas vedadas pela lei, a fim de afastarem os riscos de virem a ser responsabilizados.

Segundo KLJIN (1998), o conceito de redes de políticas públicas surgiu entre meados dos anos setenta e início dos oitenta decorrentes das críticas de Scharpf ao modelo do ator racional

individual, as quais apontavam que a formulação e implementação de políticas públicas são resultado de uma interação entre atores separados com interesses, metas e estratégias divorciados, devendo-se investigar as políticas públicas através da análise deste conjunto de relações entre estes atores. Ainda segundo KLJIM(2008), esta abordagem de redes teve como inspiração a teoria inter-organizacional, cuja análise se centrou nas relações entre as organizações, no intercambio de recurso entre elas e nos acordos celebrados para gerar uma coordenação, o que acarreta padrões de relacionamentos decorrentes da interdependência entre as organizações.

Esta interdependência decorreria da dependência recíproca de recursos, vez que é impossível a uma única organização gerar todos os recursos de que precisa, como, por exemplo, capital, pessoal, conhecimento. Em razão desta impossibilidade de prover sozinha todos os recursos necessários para o desempenho de sua atividade, as organizações são obrigadas a se relacionarem com outras, surgindo diversos padrões de relacionamentos decorrentes destes contatos inter-organizacionais.

Através do estímulo a criação de mecanismos de “*compliance*,” a lei visou interferir nestes padrões de relacionamentos, gerando um controle pelos próprios atores de suas condutas e das condutas daqueles com quem se relacionam, e, com isto, reduzir os níveis de corrupção na Administração Pública.

Diante das pesadas penas previstas na lei, dificilmente os atores a ela sujeitos deixarão de implementar sistemas de controle e fiscalização de suas condutas e das condutas de seus parceiros, pois isto poderá resultar em punição, uma vez que estes mecanismos de controle servirão de instrumental para análise do padrão de comportamento exigido do agente no caso concreto, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

Assim, uma pessoa jurídica incorrerá nas penas previstas caso não adote mecanismos de controle satisfatórios, e uma pessoa física a ela vinculada, ou vinculada a seu parceiro, pratique atos tipificados na lei. A abordagem que será adotada procurará diferenciar a conduta da pessoa jurídica das condutas das pessoas físicas por meio das quais ela atua, seguindo em certa medida os ensinamentos da teoria do defeito de organização desenvolvida por Klaus Tiedemann, na seara do Direito penal, visando imputar a prática de crimes diretamente à pessoa jurídica.

Note-se, portanto, que a implementação exitosa da política pública anticorrupção estabelecida pela Lei 12846/2013 depende da criação de programas e procedimentos de conformidade à legislação pelas pessoas jurídicas abrangidas pelas disposições legais. Ou seja, estamos diante de uma política pública cuja implementação ficará em parte essencial a cargo de particulares impactados pela medida, os quais tem liberdade para criar instrumentos que melhor se adaptem à sua realidade, não havendo, portanto, uma imposição hierárquica de sua forma, não sendo obrigatório sequer sua criação.

Apesar de não haver a imposição da adoção destes mecanismos, sua implementação certamente será influenciada pela forma com que a lei será aplicada pelos órgãos de controle da Administração, que deverão de maneira responsável avaliar no caso concreto que medidas de controle são razoavelmente exigíveis, analisando a existência de um defeito de organização passível de acarretar a responsabilização da pessoa jurídica.

Note-se que na hipótese de ser exigida a adoção de medidas excessivas, as pessoas jurídicas tenderão simplesmente a deixar de empregar estes mecanismos de controle, pois sua adoção não será obrigatória e o custo na implementação elevado, o que as levará a incluir o custo de eventual punição no preço do serviço ou produto, gerando a perda de eficácia da lei e a perda de competitividade da economia brasileira em razão da consequente elevação dos custos de produção, pois, como adverte Alexandre Aragão (2004), o agente econômico age por objetivos do subsistema social econômico, de maneira que o descumprimento de uma norma jurídica é mais um dos elementos das relações de custo/benefício com as quais lida na condução dos seus negócios.

Cumprido ressaltar que referidas ferramentas de controle serão destinadas a alterar o padrão de comportamentos entre integrantes de redes de políticas públicas e, com isto, combater a corrupção de servidores públicos, mas evitarão também o desvio de recursos das próprias pessoas jurídicas que as criarem, devendo haver uma ação coordenada entre atores públicos e privados para melhor obtenção dos objetivos visados pela lei, que mais do que punir, tem o intento de modificar a cultura daqueles que lidam com a Administração, afastando o pagamento de propinas como opção de negócio.

Para que isto ocorra, é preciso estimular o controle pelos próprios agentes privados da conduta de seus funcionários e parceiros, o que somente será obtido com o estímulo a implantação

destes mecanismos de conformidade, inclusive com estímulo à autodenúncia. Note-se que o modelo da responsabilidade indireta, comumente adotado no âmbito da responsabilidade administrativa, que imputa à pessoa jurídica as infrações cometidas em seu benefício ou interesse por seus órgãos ou representantes, é menos compatível com o estímulo a estes mecanismos, do que os modelos de responsabilidade direta, que tentam estabelecer requisitos próprios para a configuração da responsabilidade da pessoa jurídica, como o defeito na organização da empresa, defendido por Klaus Tiedemann no campo de Direito Penal, que preconiza que a pessoa jurídica seria responsabilizada pelos atos praticados por seus agentes quando resultassem de deficiências de organização e omissões de controle e prevenção, ou seja, da ausência da adoção dos mecanismos de “*compliance*”, cuja implantação é estimulada pela nova lei.

Um exemplo pode esclarecer o acima afirmado. Imagine que um gerente de uma pessoa jurídica seja encarregado pela direção da empresa de formular proposta para a obtenção de um contrato com a Administração que pode render lucros relevantes para a sociedade e para ele através de bônus decorrentes da obtenção do contrato. Mencionado gerente sabe, inclusive, que poderá até vir a ser promovido com a obtenção do contrato. Diante disto, ele cogita corromper o funcionário responsável pela contratação e analisa os riscos de ser descoberto. A possibilidade da trama ser descoberta pela Administração é relativamente pequena, pois o servidor não dará recibo da propina e nem declarará seu recebimento no imposto de renda. Contudo, existe na empresa mecanismos que exigem a justificação de seus gastos, sendo difícil explicar o pagamento da propina.

Diante deste quadro, o gerente pondera que mesmo que a empresa descubra o pagamento da propina dificilmente revelará os fatos, pois o ato por ele praticado será imputado à própria pessoa jurídica, que poderá ser veemente punida por sua prática, pois a legislação anticorrupção do país adota a teoria da responsabilização indireta da pessoa jurídica.

Agora imagine que no país em questão se adote a teoria da responsabilidade direta da pessoa jurídica. Mencionado gerente sabe que é difícil esconder o pagamento da propina dos órgãos de controle da pessoa jurídica. Sabe ainda, que a pessoa jurídica somente será punida caso estes órgãos de controle deixem de atuar, encobrindo o ato por ele praticado.

Parece-me que na segunda hipótese é mais provável que o gerente em questão contenha-se, deixando de oferecer propina ao servidor responsável pela escolha do contratado, pois a probabilidade de sua conduta ser descoberta e sancionada é maior. Poder-se-ia alegar que esta interpretação de certa forma acarretaria uma diminuição das punições efetivamente aplicadas a pessoas jurídicas. Contudo, deve-se ter em mente que o objetivo do direito sancionador é impedir a prática das condutas sancionadas através da ameaça de sanção e não impor sanção por meio da vedação da prática de certas condutas. Assim, a aplicação do conteúdo deste direito deve buscar potencializar seu efeito dissuasório e não seu efeito punitivo. Com efeito, BECCARIA (1764) há tempos já advertia que é melhor prevenir o crime que puni-lo e que a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

Desta forma, o interprete da nova lei anticorrupção não deve fechar os olhos aos resultados que podem ser obtidos com cada exegese possível da legislação, devendo sempre buscar aquela que melhor atenda aos objetivos de todo o direito sancionador, que visa impedir a prática das condutas sancionadas sem sacrificar os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Note-se que a partir da introdução do princípio da eficiência no texto do artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional n 19, o interprete dos parâmetros legais que criam uma política pública devem se atentar para os resultados que podem ser obtidos pela política em consequência da adoção de cada uma das interpretações possíveis, preferindo sempre aquela que maior eficácia traga à política, desde que respeitados os parâmetros constitucionais.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2006) adverte que atualmente a administração e o Direito Administrativo não são indiferentes ao resultado da atividade administrativa e defende o controle de resultado desta atividade. Segundo afirma, os parâmetros necessários a este controle poderiam ser introduzidos tanto no enunciado da norma como em sua interpretação aplicativa. Com efeito, tendo em vista que os recursos empregados e os interesses a serem tutelados pela Administração são de toda a sociedade, os resultados decorrentes de sua atividade não podem ser indiferentes ao direito.

Mais enfática é abordagem de Alexandre Aragão(2004), que afirma que o resultado prático da aplicação das normas jurídicas são elementos essenciais para determinar como elas devem

ser interpretadas, legitimando sua aplicação, pois uma interpretação que não seja capaz de atingir concreta e materialmente os objetivos legais não pode ser considerada como a interpretação mais correta. Assim, o princípio da eficiência se juntaria ao princípio da legalidade, levando a uma legalidade finalística e material, que não perderia de vista os resultados práticos alcançados, condicionando-se a validade da interpretação à sua aptidão para atender aos objetivos da política pública e resolver os males que esta pretende combater.

Ao alinhar os princípios da legalidade e da eficiência, com o objetivo de enfatizar a importância de se averiguar o resultado concreto que pode ser obtido com uma ou outra interpretação possível do diploma legislativo que estrutura uma política pública, esta abordagem se demonstra compatível com o método normativo-estruturante desenvolvido por Friedrich Muller e Konrad Hesse. Segundo o Ministro Gilmar MENDES (2008), este método de interpretação parte da concepção de que interpretar também é aplicar a lei e que a interpretação consiste em concretizá-la em cada caso, existindo uma implicação necessária entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles visam regular, de forma que a normatividade busca apoio fora do ordenamento para tornar eficaz seus propósitos normalizadores. Ora, se o conteúdo da norma jurídica decorre da necessária interação do programa normativo (texto da lei) com o âmbito normativo (realidade que o preceito visa regular) é natural que se leve em consideração os efeitos concretos que cada interpretação poderá gerar na realidade, preferindo-se àquela que maior eficácia traga à política pública.

Não se defende aqui uma mera abordagem consequencialista, focada exclusivamente nos resultados advindos da interpretação. Contudo, estes não podem ser totalmente ignorados. Propõe-se uma abordagem assemelhada a de Amartya SEN (2011), o qual distingue uma análise focada exclusivamente nos resultados de culminação, adotada geralmente por autores tidos como consequencialistas, daquela que leva em conta os resultados abrangentes, que também considera os processos através dos quais o estado de coisas emerge. Assim, a interpretação do arcabouço normativo de uma política pública que resulte em uma política mais eficiente, mas que afronte os direitos fundamentais e outros princípios consagrados na Constituição, não deve prevalecer, ainda que resulte em uma política pública com melhores resultados. Contudo, não se pode perder de vista que o objetivo visado pela política pública também pode ser tutelado pela Constituição. Assim, o grau de atingimento concreto deste objetivo que será obtido com cada interpretação possível do arcabouço normativo

institucional deverá ser levado em conta na hora de se solucionar o conflito dos bens jurídicos constitucionais através da ponderação.

Desta forma, como defende Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2006), deve-se evoluir de um direito administrativo que classicamente encontrava-se centrado na formação da vontade da Administração, preocupando-se com o “quem pode (competência), o para quê pode (finalidade), o como pode (forma), o porquê pode (motivo) e o que pode (objeto) na manifestação da vontade estatal,” para um direito administrativo centrado também no resultado desta manifestação de vontade, que deve se voltar ao atingimento dos fins públicos e na eficiente tutela dos direitos fundamentais dos Administrados.

Com efeito, o Direito surge de maneira histórica, como necessidade decorrente das relações sociais surgidas no seio da sociedade, e não como engenho de uma mente criativa que em certo momento decide estabelecer regras de conduta sem qualquer necessidade anterior. Assim, é inviável compreender o direito adequadamente analisando a norma jurídica de maneira dissociada da realidade social por ela regulada. Como constata PACHUKANIS(1988), o conjunto de normas adquire significação real apenas graças as relações que são concebidas como derivando destas normas e delas derivam efetivamente, sendo necessário para afirmar sua existência objetiva saber se este conteúdo normativo é realizado na vida pelas relações sociais.

Tendo em vista que a função do direito sancionador é impedir a prática das condutas vedadas, deve-se dar preferência a interpretações que as inibam em detrimento daquelas que simplesmente visem maximizar a imposição de sanções.

Vê-se, portanto, que ao focar a lei anticorrupção sob a perspectiva de que ela teria acolhido em certa medida as constatações presentes em trabalho que abordam políticas públicas através de redes, segundo os quais existe uma interdependência na implementação de políticas públicas entre diversos atores públicos e privados, que geram padrões de relacionamentos, cuja alteração foi visada pela lei através do estímulo a criação de mecanismos de conformidade, que podem gerar um controle pelos próprios atores de suas condutas e das condutas daqueles com quem se relacionam, e, com isto, reduzir os níveis de corrupção na Administração Pública, deve-se procurar mecanismos de imputação que distingam a responsabilidade da pessoa jurídica da responsabilidade da pessoa natural que atua em

seu nome, preferindo-se exegeses que deem ênfase ao estímulo a este autocontrole, visando a alteração de padrão comportamental, ao invés de se focar em seu aspecto punitivo.

Note-se que é possível interpretar a nova lei anticorrupção de forma a diferenciar a conduta da pessoa jurídica da conduta das pessoas naturais por meio das quais atua, bem como exercer um juízo de culpabilidade a seu respeito. Como será melhor desenvolvido no futuro, a análise da conduta e culpabilidade da pessoa jurídica pelas práticas previstas na lei poderá ser desenvolvida à luz da teoria do defeito da organização defendida por Klaus TIEDEMANN (1996), segundo a qual os entes coletivos têm o dever de se organizar corretamente, podendo ser especificamente responsabilizados quando deixem de empregar meios de controle e precaução capazes de garantir que sua atividade seja desenvolvida de maneira lícita.

Aludida teoria do defeito da organização recebe algumas críticas no Direito Penal, pois é muito controvertida a aplicação deste campo do direito a entes morais. Contudo, até o momento é corriqueiramente aceita a aplicação de sanções administrativas a pessoas jurídicas, que vem ocorrendo de maneira objetiva, decorrendo da prática de infrações materialmente cometidas por agentes a ela ligados, havendo a imputação da sanção ao ente moral independentemente de perquirição de sua culpa ou dolo pela conduta praticada pelo agente. Vê-se, portanto, que no Direito Administrativo a aplicação da teoria do defeito de organização poderá dar ensejo à restrição da responsabilidade da pessoa jurídica por infrações cometidas por aqueles que atuam em seu nome.

Neste momento, cumpre mencionar que a pessoa jurídica estará assumindo o risco de ser responsabilizada caso não adote nenhum mecanismo de controle visando impedir que pessoas naturais que atuem no seu benefício ou interesse pratiquem as condutas vedadas pela lei. O mesmo ocorrerá quando existam mecanismos de controle, mas eles sejam ineficientes ou inoperantes no caso concreto.

Caso os mecanismos de controle sejam adequados diante do porte da pessoa jurídica, de sua área de atuação, dos riscos inerentes ao seu empreendimento etc., e eles efetivamente sejam empregados e, não obstante isto, algum funcionário tenha praticado uma conduta típica em benefício da empresa, à mesma não deverá ser imposta as penas previstas, pois não terá atuado de maneira culpável, respondendo somente civilmente pela recomposição dos danos causados. Uma conduta será mais

facilmente enquadrada nesta hipótese quando a própria pessoa jurídica descubra os fatos através de seus mecanismos de controle e os levem ao conhecimento das autoridades.

Esta abordagem será o norte que guiará a interpretação da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica por atos tipificados na Lei Anticorrupção, pois me parece que a alteração da cultura daqueles que se relacionam com a Administração pode trazer melhores resultados no combate à corrupção do que o mero incremento de instrumentos punitivos. Para que haja sucesso nesta alteração cultural, deverá haver uma interação entre instrumentos punitivos previstos na lei, cuja implementação competirá à Administração, com instrumentos preventivos a cargo dos particulares, que dependerá da atuação conjunta e coordenada destes atores, baseada no diálogo e troca de informações, impondo-se uma coordenação horizontal destes instrumentos.

## **CAPÍTULO II - AUTORREGULAÇÃO REGULADA E A LEI ANTICORRUPÇÃO**

### **2.1 REGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO**

O estudo do Direito regulatório apresentou um grande desenvolvimento no Brasil a partir da segunda metade da década de noventa fomentado pelas privatizações de empresas estatais ocorridas naquele período, muitas prestadoras de relevantes serviços públicos à população. De maneira geral, transferiu-se ao capital privado a execução de serviços públicos que antes eram executados por empresas públicas e criaram-se autarquias dotadas de relativa autonomia, denominadas de Agências, a fim de regular a prestação do serviço público pelas entidades privadas.

Mencionadas Agências teriam por função editar normas técnicas que conformariam a execução dos serviços transferidos a iniciativa privada, fiscalizar seu cumprimento, impor penalidades e conciliar os interesses do Estado, dos prestadores do serviço e dos consumidores. Para bom desempenho desta missão, lhes foram concedidas algumas prerrogativas, como independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira, como se observa a guisa de exemplo no artigo 8º parágrafo 2º da Lei 9742, que criou a Agencia Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Paralelamente a este fenômeno, uma enorme transformação no cenário jurídico nacional ocorreu através da disseminação na cultura jurídica nacional do pós-positivismo, que advoga em linhas gerais a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO. 2007).

A concomitância destes dois processos fez com que em grande medida o estudo do Direito Regulatório fosse a porta de ingresso do pós-positivismo na seara do Direito Administrativo, como se observa nos trabalhos do Professor Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2006), e trouxesse à baila questões bastante polêmicas, como deslegalização, que concederia às agencias um espaço técnico decisório alargado, pluralização dos centros de poder, acentuação do protagonismo da sociedade, redefinição da atividade administrativa, passando da competência para a finalidade, o que

acentua a necessidade de se perquirir o resultado da atividade administrativa, indo além do estudo da formação da vontade da administração e do ato administrativo, para abarcar também o processo em que ela ocorre, acentuando a necessidade de participação dos administrados, e o seu resultado, que deve ser eficiente.

Segundo BARROSO (2006), esta transferência ao setor privado da execução de diversos serviços públicos decorreu da constatação de que o Estado não teria recursos suficientes para sua execução e de que seria mau administrador, o que teria levado a uma transformação de seu papel, deixando a função de protagonista na execução de serviços públicos para exercer as funções de planejamento, regulação e fiscalização.

Note-se que apesar do estudo do Direito Regulatório ter aumentado vertiginosamente sua exposição após o advento das privatizações ocorridas na década de noventa, o mesmo não possui seu objeto limitado aos serviços públicos transferidos à iniciativa privada, como constata BARROSO(2006). Na verdade, o artigo 174 da Constituição já previa que o Estado deteria a função regulatória da atividade econômica. O que ocorreu de novo foi que a passagem à iniciativa privada da execução de determinados serviços públicos fez com que o Estado dilatasse sua atividade regulatória também a este setor.

Deve ser observado, contudo, que em razão do Estado não perder a titularidade do serviço público por meio da transferência de sua execução à iniciativa privada, ele possui poderes regulatórios mais amplos nesta seara do que no campo da atividade econômica em sentido estrito, para usar a classificação do Ministro Eros Grau (2006), que divide a atividade econômica em atividade econômica em sentido amplo, que engloba serviços públicos, e atividade econômica em sentido estrito, de regra reservada à iniciativa privada. Com efeito, no campo da atividade econômica em sentido estrito o Estado encontra-se limitado na sua atividade regulatória pelo princípio constitucional da livre iniciativa e pelo disposto no artigo 170 Parágrafo único da Constituição, não podendo condicionar a execução de atividade a outorga ou autorização, salvo expressa previsão legal.

Além disto, a regulação no campo da atividade econômica em sentido estrito deve sempre visar conciliar o princípio da livre iniciativa com os demais princípios da ordem econômica constitucional, previstos nos incisos do artigo 170 da Constituição. Já em matéria de serviços públicos,

a regulação estatal tem um campo mais amplo, tendo em vista que nesta seara o Estado é o titular da atividade regulada, encontrando-se seu poder regulatório no campo da supremacia especial, como destacado por Celso Antônio Bandeira de Mello(2006), o que lhe assegura poderes mais alargados.

MARQUES NETO (2006) também admite uma regulação mais intensa no campo do serviço público do que no campo da atividade econômica em sentido estrito e aduz que o princípio da subsidiariedade guiará o Estado na imposição de restrições e condicionamentos à atividade econômica, de forma que a regulação se justificará caso haja objetivos de interesse público que o mercado livremente não lograria alcançar. O outro norte da regulação estatal, ainda segundo MARQUES NETO(2006), seria o princípio da proporcionalidade, de forma que a regulação deve sempre buscar o atingimento de um fim de interesse público com a menor intervenção possível na esfera de liberdade do particular.

Verifica-se, assim, que o Direito Regulatório estende-se à regulação da atividade econômica em sentido estrito. Cumpre averiguar, então, se os fenômenos que impuseram a readequação do papel do Estado na seara dos serviços públicos também produzem efeitos nesta seara. Antes de entrar neste tema, contudo, é preciso definir minimamente a atividade regulatória do Estado.

ARAGÃO(2013) define regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente com o intuito de induzir comportamentos, determina, controla, ou influencia a atuação dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis. Marcos Juruena Villela SOUTO (2008), por sua vez, aduz que “regulação (estatal) é uma função por força da qual a autoridade administrativa intervém nas decisões econômicas privadas, por meio de atos gerais, individuais ordinatórios e decisórios, com vista ao atingimento de interesses relevantes da coletividade, distinta da auto regulação, que envolve o mesmo conjunto de atos aos quais o interessado adere por convenção.” MEDAUAR (2002) entende que a regulação compreende a edição de normas, a fiscalização do seu cumprimento, a atribuição de habilitações, a imposição de sanções e a mediação de conflitos.

Segundo MARQUES NETO(2011), a regulação não se confundiria com a autorregulação, a qual compreenderia mecanismos de regulação estabelecidos pelos próprios entes privados, que se estabeleceriam pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação, visando preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa. Assim, a regulação adviria do Estado, ao passo que a autorregulação da sociedade.

## **2.2 AUTORREGULAÇÃO REGULADA E COMPLIANCE**

A globalização enfraqueceu de maneira sensível a capacidade regulatória do Estado, pois o exercício de atividades econômicas e o fluxo de capitais não se encontra mais limitado por suas fronteiras. Assim, como o Estado não detém recursos para prover todas as necessidades de seus cidadãos, ele deve manter sua economia atraente ao capital privado, pois não consegue prover todos os recursos de que seus cidadãos necessitam. Desta forma, uma regulação excessiva da atividade econômica pelo Estado poderia afastar investidores e comprometer a fruição de bens e serviços pela população.

Concomitantemente a isto, o desenvolvimento tecnológico aumenta de forma vertiginosa a complexidade das técnicas utilizadas pelos destinatários da regulação estatal, o que dificulta de sobremaneira a atividade regulatória do Estado, que muitas vezes tem dificuldades de acompanhar o cada vez mais veloz surgimento de novas técnicas e meios de produção.

Vê-se, portanto, que a globalização, o avanço tecnológico e a dificuldade de implementação de políticas públicas, impõem grandes obstáculos à atividade regulatória do Estado. Por outro lado, é necessário o incremento da eficácia desta atividade a fim de que os interesses da coletividade não sejam deixados em segundo plano. Este incremento de eficácia será mais facilmente obtido com a participação daqueles atingidos pela regulação no processo de sua formulação e implementação, pois a maior participação social tende a gerar decisões melhores informadas, acarretando menores obstáculos em sua implementação, o que, conseqüentemente, aumenta a eficácia da decisão tomada, principalmente quando a própria implementação da política pública é atribuída a agentes não estatais integrantes da comunidade afetada, como já desenvolvido no primeiro capítulo.

Há, assim, uma necessidade de se conjugar os esforços do poder público e da própria sociedade afetada pela regulação a fim de incrementar sua eficácia. Um caminho para o atingimento deste objetivo seria o Estado efetivar uma instrumentalização pública da autorregulação, segundo DARNACULLETA I GARDELLA (2002), que afirma que isto permitiria superar o déficit de execução da legislação estatal, estabelecer uma vinculação entre os responsáveis pelos riscos, cuja consumação se visa impedir, com as medidas de regulação e, ainda, levaria a uma padronização das medidas de regulação no plano internacional que não seriam obtidas com a regulação estatal. Desta forma, o Estado tenderia a se utilizar das normas e controles objeto da autorregulação privada, colocando-as a serviço de fins públicos, surgindo um novo campo de regulação denominada de autorregulação regulada.

DARNACULLETA I GARDELLA (2002) demonstra que é possível aumentar o campo da regulação estatal com a adoção da técnica da autorregulação regulada, incidindo em campos em que a incidência de uma regulação por parte do Estado seria constitucionalmente discutível, pois aquele que adota a autorregulação o faz de maneira voluntária, ainda que incentivado pelo Estado. Assim, com esta técnica se obteria ao mesmo tempo uma limitação da atividade interventiva do Estado na atividade privada e uma maior proteção de bens jurídicos que conformam a noção de ordem pública, como meio ambiente, segurança, saúde, dignidade humana etc. Esta técnica seria uma estratégia estatal que busca aproveitar ao máximo os recursos que oferece a sociedade, dando efeitos públicos à autorregulação através da imposição vinculante do objeto de autorregulação, de forma que aqueles que por sua atividade ou conhecimentos põe em perigo bens de caráter coletivo se veem obrigados a minimizá-los.

Mediante a autorregulação regulada a Administração supervisiona a atividade privada de aprovação e aplicação de normas e os controles privados de seu cumprimento, assegurando-se que seus destinatários efetivamente se submetam a elas, garantindo a capacidade técnica e a submissão a bens públicos dos sujeitos privados que controlam sua aplicação. Esta técnica afeta aspectos da atividade empresarial ou da atividade profissional escassamente afetados pela simples regulação estatal.

Ainda segundo DARNACULLETA I GARDELLA (2002), a autorregulação regulada não deriva de uma privatização de funções públicas, mas sim de uma publicização do regime jurídico da sociedade, proporcionando uma elevação do grau de concreção das normas aplicáveis ao setor objeto da regulação, o que gera um aumento do número e intensidade de controles mediante a supervisão e pressão públicas para garantir o cumprimento da autorregulação. Assim, assegura-se ao

Estado a capacidade de impor decisões vinculantes e sancionar condutas desviadas das normas objeto da autorregulação, ficando a sociedade voluntariamente submetida às suas próprias normas e controles decorrentes da autonomia privada, surgindo um direito de origem negocial.

Tratando especificadamente da regulação do sistema financeiro, BERINI (2013) adverte que é interessante confiar na autorregulação do setor privado devido às vantagens que este setor possui em relação ao setor público, principalmente no acesso a informações relevantes, mas que os organismos públicos devem ser dotados de autoridade para exercer as funções de controle e supervisão, podendo impor o cumprimento das normas decorrentes da autorregulação e, inclusive, sancionar condutas que se afastam de seu conteúdo.

Ivo Coca Vila (2013) destaca que o processo de autorregulação regulada busca legitimidade na democracia deliberativa, decorrente da participação dos afetados na decisão estatal, enquanto o processo de heterorregulação se legitimiza na democracia parlamentar, baseada no voto e na representação, se encontrando em crise atualmente.

O estímulo que a Lei Anticorrupção concede a adoção de sistemas de “compliance” é uma tentativa do Estado brasileiro de se utilizar da autorregulação empresarial para combater a prática das condutas por ela tipificadas. Estes sistemas compreendem as medidas de autorregulação que visam garantir que todos os membros da empresa, do presidente até o mais simples empregado, além de colaboradores e terceiros com quem o ente coletivo mantenha relações, atuem de acordo com a ética empresarial, evitando infringir os mandamentos legais e regulamentares que regem sua atividade.

Segundo SÁNCHEZ e VARELA(2013) a psicologia social demonstra que o ser humano quando se encontra agrupado nem sempre se comporta de acordo com sua disposição interna e tende a alterar sua conduta normal sem sequer perceber, influenciado pela organização do grupo que gera déficits e vieses cognitivos específicos. Esta assertiva é por eles esclarecida com alguns exemplos. Haveria uma tendência do agente se mostrar conforme a opinião da maioria do grupo, ainda quando suas convicções pessoais sejam outras (viés de conformidade). Agentes pertencentes a grupos tendem a crer que a sua conduta está correta e não é desviada porque o superior hierárquico a indica e, ainda que percebam o desvio, tendem a acreditar que a responsabilidade cabe somente ao superior (Viés de obediência à autoridade). A distribuição de funções nos grupos e os papéis assumidos por cada

integrante fazem com que as pessoas atuem mais de acordo com a correlação de forças existentes dentro do próprio grupo do que com suas convicções internas, inserindo o agente em uma cultura corporativa e um sistema de crenças compartilhadas que erodem sua capacidade de percepção da realidade, o que pode gerar a difusão de práticas ilícitas através de etiquetas próprias do grupo como as seguintes: “negócio é negócio”; “um bom negócio exige esta prática”, “todo mundo faz o mesmo”.

Segundo SANCHEZ e VARELA (2013), os programas de conformidade devem visar justamente eliminar estes déficits de conhecimento ocasionados pelos vieses cognitivos que surgem no seio de agrupamentos, dos quais a pessoa jurídica constitui espécie. Assim, se o agrupamento de pessoas através da constituição de uma pessoa jurídica diminui a capacidade cognitiva das pessoas naturais, facilitando condutas desviadas, sua organização interna deve buscar compensar esta debilidade cognitiva como contrapartida a esta liberdade de organização. Como destaca PLANAS (2013), o empresário tem o dever de evitar lesões a bem jurídicos decorrentes da organização empresarial, evitando a consumação de riscos dela decorrentes como contrapartida à liberdade exercida mediante a constituição da pessoa jurídica.

Segundo Ivo Coca Vila (2013), uma organização em *compliance* se baseia em sete pilares, quais sejam, cultura de cumprimento, estabelecimento de objetivos empresariais, avaliação de riscos, adoção de medidas para contenção de riscos, delimitação de âmbitos de competências, sistemas internos de comunicação, sistemas de supervisão e sanção.

Inicialmente é necessário que o programa de conformidade estimule na empresa uma cultura de cumprimento em todos os seus membros, demonstrando os riscos a que todos se encontram expostos em decorrência da não observância dos regramentos legais e regulamentares. Isto pode ser obtido através da instrução dos diretores e empregados a respeito do *compliance*, do estabelecimento de metas de *compliance*, e consideração destas metas em promoções e gratificações. Também muito importante é a utilização de meios de assessoria e informação e o estabelecimento de canais de denúncia de condutas que não observem os parâmetros éticos estabelecidos pela empresa.

Deve-se identificar e avaliar os riscos que a atividade empresarial gera e estabelecer parâmetros visando evitar a consumação destes riscos, adotando medidas para sua contenção, identificando os postos de trabalho mais expostos ao descumprimento e selecionando pessoal adequado

de acordo com o risco. Além disto, é preciso, delimitar claramente a competência de cada diretor e de cada empregado da empresa e estabelecer sistemas de comunicação acessíveis a todos, que garantam que a direção tenha conhecimento de toda informação que possa gerar um risco relevante de descumprimento da legislação anticorrupção. Por fim, deve-se criar um organismo encarregado de supervisionar o programa de cumprimento e aplicar sanções, sendo também interessante estimular o surgimento de entidades privadas destinadas a certificar os sistemas de conformidade, as quais poderão, inclusive, simular situações em que estes sistemas sejam colocados à prova.

Importante ressaltar que os programas de conformidade destinam-se a garantir que a empresa cumpra e faça cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, assegurando a adoção de padrões éticos e idôneos por seus funcionários e parceiros. Eles vão além do simples cumprimento de imposições legais, incorporando princípios de integridade e conduta ética. Um dos pontos fundamentais de qualquer programa de conformidade é dotar a pessoa jurídica de instrumentos necessários ao controle das práticas adotadas por seus funcionários e colaboradores. Uma empresa que possui um bom sistema de conformidade deve conhecer seus parceiros comerciais e adotar cautelas no momento de sua escolha, a fim de evitar que eventuais condutas e práticas desconformes às imposições legais e regulamentares por estes adotadas acabem por repercutir na sua imagem e patrimônio.

Neste ponto cabe fazer uma indagação, como se pode afirmar que o estímulo concedido pela lei anticorrupção à adoção de medidas de *compliance* pode representar a adoção da técnica de autorregulação regulada se a lei brasileira não estabeleceu parâmetros para a organização da empresa em *compliance* e nem estipulou sanção para quem não se organizasse em *compliance*? Além disto, como garantir que a adoção destes mecanismos não irá ocorrer simplesmente de maneira aparente.

BERINI (2013) afirma que entorno jurídico influi significativamente na probabilidade de que as empresas privadas deem efetividade aos compromissos de autorregulação e que a ameaça de sanção aumenta a probabilidade de que estes entes os coloquem em funcionamento. Note-se que no caso brasileiro as pesadas penas previstas na legislação anticorrupção constituirão um grande estímulo à adoção e colocação em efetivo funcionamento de programas de conformidade, caso elas sejam adotadas como parâmetro para responsabilização da pessoa jurídica pelas condutas previstas na Lei

Anticorrupção, e poderão servir de motivação para adoção de medidas que entrem em conflito com os imperativos econômicos da empresa.

Para que isto ocorra, contudo, é preciso que os órgãos encarregados da aplicação da legislação anticorrupção não se insulem em seus gabinetes e troquem experiências com os entes regulados, deixando claro as medidas de *compliance* que entendam relevantes em cada setor e fiscalizem sua adoção antes mesmo da prática de alguma infração a lei. É certo que antes da existência de infração à lei nenhuma punição poderá ser imposta, contudo, a atuação prévia dos órgãos de controle permitirá que incrementem o conhecimento das medidas adotadas em cada ramo de atividade e lhe possibilitará fazer sugestões que repercutirão no mercado, aumentando a confiança daqueles sujeitos à legislação, que, por sua vez, ficarão mais confortáveis em colaborar com o Estado, sentindo-se estimulados a implementar estas medidas a vista da constante fiscalização estatal.

É certo que eventual sugestão de alteração no programa de conformidade não será vinculante para o ente privado, mas seu acatamento ou não poderá ser levado em consideração caso surja alguma infração à lei praticada em seu benefício ou interesse e que poderia ser evitada pela adoção da sugestão.

Esta fiscalização constante permitirá troca de experiência entre o Estado e os entes atingidos pela nova legislação, diminuindo a insegurança na sua aplicação, e levará ao mercado a sensação de que os órgãos de controle estão em constante funcionamento e vigilância, reduzindo eventual estímulo a não adoção de sistemas de conformidade decorrentes da sensação de impunidade. Como constata BERINI (2013), a atuação regulatória do Estado baseada em inspeção e controle melhora a aplicação prática do marco regulatório, devendo as medidas sancionadoras serem aplicadas como *ultima ratio*, pois os objetivos legais serão melhores atingidos através de uma rede de relações bilaterais entre organismos públicos de vigilância e inspeção e os entes regulados.

Desta conclusão não discrepa VIVES (2013), que afirma que a gravidade da pena não é o mais determinante para dissuadir a prática de crimes no seio da empresa, entendendo que a forma mais eficiente de se alcançar este fim é obter a colaboração da pessoa jurídica com o governo no combate às condutas vedadas, pois é muito maior a probabilidade de aplicação de uma sanção interna por parte da empresa do que de uma pena pelo Estado.

Para que esta fiscalização constante seja possível, basta que ela seja prevista em editais de licitações e contratos administrativos, pois a existência de programas de conformidade efetivos podem impactar na execução do contrato administrativo, sendo certo que o artigo 67 da Lei 8666/93 expressamente prevê a fiscalização destes contratos. Com efeito, é comum em contratos privados a previsão de cláusulas prevendo “*due diligence*” que vão muito mais a fundo no interior das empresas do que a simples análise de programas de conformidade. Por fim, cumpre destacar a conclusão de FERNÁNDEZ (2013) de que as normas que regulam um sistema de conformidade são detentoras de caráter técnico, sendo desaconselhável sua previsão detalhada em um diploma legislativo.

Além disso, seria interessante que fossem credenciadas entidades privadas destinadas a realizar a certificação de sistemas de conformidade, as quais no exercício desta função poderiam, inclusive, efetivar sugestões de alterações visando melhorá-los. Para evitar fraudes, seria salutar que fosse designado um órgão público para credenciar e arquivar resultados de certificações concomitantemente à sua realização.

Vê-se, portanto, que é possível fazer uma interpretação da Lei Anticorrupção capaz de estruturar uma sólida política pública que agregue a sociedade e o Estado no combate a este mal, através da técnica da autorregulação regulada.

## **CAPÍTULO III - NATUREZA JURIDICA DAS SANÇÕES**

### **3.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA.**

A Lei Anticorrupção estabeleceu uma série de sanções a serem impostas às pessoas jurídicas e previu que algumas poderiam ser impostas por autoridades administrativas, exigindo, contudo, a via jurisdicional para imposição de outras. Determinou, ainda, que em caso de omissão da autoridade administrativa o Ministério Público poderia propor demanda visando à imposição jurisdicional das sanções que a principio caberiam à Administração impor, consoante disposto no artigo 20º da lei.

Segundo o artigo 6º da Lei Anticorrupção, podem ser impostas pela autoridade administrativa as sanções de multa e de publicação da decisão condenatória. Já o artigo 19 prevê que devem ser impostas pela via jurisdicional as sanções de perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Diante do sistema punitivo criado pela Lei Anticorrupção, que estabelece duas vias para imposição das sanções nela previstas, é necessário averiguar se os dois conjuntos de sanções possuem a mesma natureza jurídica e estão sujeitas aos mesmos princípios gerais, pois isto facilitará compreender aludido sistema. Note-se que apesar do direito ser uno, a doutrina costuma dividir seu estudo em dois grandes ramos, Direito Público e Direito Privado, e inserir o estudo de cada disciplina jurídica dentro de cada um destes ramos.

Segundo Realle (2002), a subdivisão entre Direito Público e Direito Privado leva em conta o conteúdo da relação jurídica e a sua forma. Quanto ao conteúdo, o Direito é Público quando imediatamente prevalece o interesse geral e Privado quando prevalece o interesse individual. Quanto à forma, se a relação é de subordinação, trata-se geralmente de Direito Público, se é de coordenação de Direito Privado. Esta divisão não é rígida nem estanque, pois o direito é uno, mas facilita a

compreensão do fenômeno jurídico, pois em cada um destes ramos há diferente grau de incidência de princípios e regras gerais pertinentes a cada ramo.

### **3.2 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL, PENAL e ADMINISTRATIVA.**

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (1996), na Lei das XII tábuas a responsabilidade encontrava-se ligada à vingança privada e a casos específicos de reparação expressamente previstos, não havendo diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Posteriormente, o Estado passa a se interessar não só pelas infrações contra ele praticadas, mas também por aquelas que atingem particulares, estabelecendo uma pena em dinheiro dirigida à vítima da infração. Quando esta pena perde o caráter punitivo, surge a ideia de reparação. Vê-se, portanto, que inicialmente não fazia sentido em distinguir entre responsabilidade civil e penal, pois ambas visavam a punição do culpado, estavam previstas casuisticamente na legislação e deveriam ser buscadas pela vítima, não havendo uma regra geral de reparação de danos.

Ainda segundo Caio Mario da Silva Pereira (1996), a *Lex Aquilia* trouxe grande avanço à responsabilidade civil, pois substituiu a multa fixa que anteriormente era aplicada por uma multa proporcional ao dano causado e previu diversos danos que dariam ensejo a sua aplicação, inclusive prevendo sua incidência em caso de dano a coisa corpórea, que foi ampliada para dano a qualquer coisa alheia animada ou inanimada, permitindo chegar-se a noção mais ampla de prejuízo, sem o qual não haveria responsabilidade. Note-se que a responsabilidade civil começa a se dissociar da noção de responsabilidade penal, pois a multa deixa de ser fixa e passa a ser proporcional ao dano. Além disso, há um aumento significativo dos casos de sua incidência, apesar de ainda ser preciso a previsão de casos em espécie, o que, nas lições de Caio Mário, somente deixou de ser exigido a partir do século XVIII, quando foi enunciado um princípio geral obrigando a reparação de todos os danos causados de maneira culposa.

A partir da evolução histórica da responsabilidade civil, verifica-se sua dissociação progressiva da responsabilidade penal na medida em que seu foco vai passando do autor do ilícito para a pessoa da vítima, preocupando-se com a reparação do dano e diminuindo a necessidade de sua previsão expressa, bastando a estipulação de uma cláusula geral de responsabilidade. Tendo em vista

esta maior preocupação com a reparação do dano em favor da vítima, a responsabilidade civil se insere no direito privado, segundo Caio Mario.

Sergio Cavaliere Filho(2000) afirma que a diferença entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil é quantitativa e não qualitativa, baseando-se na maior gravidade da responsabilidade penal. Observe-se, contudo, que a responsabilidade civil tem por objeto a reparação do dano e visa atender precipuamente ao interesse da vítima, o que a coloca no ramo do direito privado, enquanto a responsabilidade penal encontra-se na seara do direito público.

O que me parece fundamental para diferenciar estas espécies de responsabilidade é o fato de a responsabilidade civil visar simplesmente restaurar a ordem jurídica violada pela lesão, removendo suas consequências através da reparação da vítima, não agregando qualquer elemento novo, tanto que o artigo 944 do Código Civil dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano,” de maneira que se não houver dano não há responsabilidade civil, ainda que a ordem jurídica seja violada. Assim, a responsabilidade civil visa reparação da vítima e, na maioria das vezes, se fundamenta em cláusulas gerais.

Já a responsabilidade penal, assim como a administrativa, é mais focada na aplicação de uma sanção ao infrator da ordem jurídica, a qual visa retribuir o mau causado e prevenir delitos, sendo aplicada no interesse geral da sociedade, o que as coloca no ramo do direito público. Aqui a violação da ordem jurídica gera um elemento novo, a pena, a qual visa retribuir e desestimular a prática da conduta vedada, sendo utilizada pelo Estado como elemento de reforço para regulação da sociedade. A responsabilidade penal se fundamenta em fatos discriminados expressamente pela lei e se preocupa com a punição do infrator.

Assim, parece haver uma diferença qualitativa entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal e administrativa, pois a primeira visa precipuamente e imediatamente satisfazer o interesse privado da vítima na reparação do dano, e as últimas, precípua e imediatamente, o interesse público na punição do infrator e prevenção da conduta desviada. Note-se, contudo, que referida diferenciação leva em conta o interesse preponderante em cada caso, o que não quer dizer que o direito penal seja indiferente ao interesse da vítima e nem que a responsabilidade civil não se preste a interesses da coletividade, pois o direito é uno. Na verdade, esta diferenciação entre direito público e

privado encontra-se em crise diante da publicização do direito privado e da utilização pelo direito público de instrumentos típicos daquele. Contudo, ela permanece válida, embora abalada, prestando valioso auxílio ao intérprete.

Assim, concordo com a lição de CRETELLA JUNIOR (1973), que aponta as seguintes diferenças entre o ilícito penal e o ilícito civil:

- O ilícito penal é previsto de maneira precisa pela lei repressiva e o ilícito civil é todo e qualquer ato humano que gera dano e a correspondente obrigação de indenizar.
- O ilícito civil opõe o autor do ato danoso à vítima e o penal opõe aquele ao Estado.
- O ilícito penal versa sobre o interesse público e o civil ao privado.
- Somente quando há produção de dano há ilícito civil. O penal ocorre mesmo sem concretização do dano material, como ocorre na tentativa.
- O ilícito civil foca-se na reparação do prejuízo sofrido pela vítima, o penal na aplicação da pena.

Estas diferenças apontadas entre o ilícito civil e o ilícito penal também servem para diferenciar a responsabilidade civil e administrativa. A diferenciação entre a responsabilidade penal e administrativa será o objeto dos parágrafos seguintes.

### **3.3 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL E ADMINISTRATIVA**

Estabelecida a diferenciação entre responsabilidade civil e as responsabilidades penal e administrativa, é necessário averiguar qual o diferencial entre estas últimas, pois ambas são pertinentes ao direito público e, portanto, destinadas à tutelar interesses da coletividade.

Nelson HUNGRIA (1945) entende que não há qualquer diferenciação ontológica entre ilícito penal e ilícito administrativo aduzindo que somente se poderia admitir uma diferenciação quantitativa ou de grau entre as duas espécies, consubstanciada na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Assim, o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal. Aludido jurista refuta a tentativa da Goldschmidt de estabelecer uma diferenciação ontológica entre ilicitude penal e administrativa, a qual sintetiza afirmando que segundo a tese de

Goldschmidt o direito penal encarava o indivíduo enquanto personalidade autônoma e o direito administrativo enquanto membro da sociedade, obrigado a com ela cooperar, de maneira que a responsabilidade administrativa decorreria de uma omissão do dever de auxiliar a Administração, apresentando-se as normas do direito administrativo como ordens de serviço e não normas jurídicas, protegendo a ordem pública enquanto objeto de cuidado da Administração e não bem jurídico. Desta forma, o ilícito administrativo não seria uma ação contrária ao direito e sim contrária aos interesses da Administração, havendo um direito penal subjetivo da Justiça e um direito penal subjetivo da Administração.

Ainda de acordo com Nelson HUNGRIA (1945), a tese acima apresentada era artificial, pois encarava o indivíduo enquanto colaborador da administração, como se estivesse investido em função pública, e equivocada, uma vez que se os interesses da administração são tutelados por preceitos jurídicos eles se consubstanciam em bem jurídicos. Afirma, ainda, que não há que se falar em direito penal subjetivo da Justiça e direito penal subjetivo da Administração, havendo somente um único direito penal subjetivo do Estado, ao qual incube o *Jus Puniendi*, exercido por meio de seus órgãos. Com estes argumentos, conclui que a diferença entre direito penal e direito administrativo penal, e suas respectivas penas, não é de conteúdo, mas sim quantitativa, baseada na intensidade das sanções impostas, e formal, uma vez que as penas do direito administrativo não são impostas pela via jurisdicional.

Luiz Regis Prado (2010) também adere à corrente que afirma não haver diferença qualitativa entre direito penal e direito administrativo sancionador. Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese (2008) afirmam que a diferença entre a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal não é qualitativa, de conteúdo, mas sim meramente formal, baseada no órgão incumbido de aplicar a pena, pois a sanção administrativa é imposta pela administração e a sanção penal por órgãos jurisdicionais. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) também possui o mesmo entendimento.

Para CRETELLA JUNIOR (1973), a diferença entre ilícito administrativo e penal é ontológica quando a ilicitude se exaure na esfera do próprio Poder Executivo e de grau quando transcenda o Poder Executivo, inserindo-se também na seara do direito penal. Observe-se, contudo, que este autor não aponta qualquer diferença na substância da relação jurídica ou na sanção aplicada para

justificar a suposta diferenciação ontológica entre ilícitos administrativos e penais, deixando ao total alvitre do legislador o estabelecimento da diferenciação em questão, razão pela qual, me parece, que apesar de afirmar a existência de uma diferenciação de qualidade, mencionado jurista acaba por concordar com a corrente que afirma existir uma mera diferença de grau, deixando ao alvitre do legislador a configuração de uma infração como administrativa ou penal.

Vê-se, portanto, que de acordo com a doutrina majoritária, a diferença entre a responsabilidade penal e administrativa é apenas quantitativa, incumbindo ao legislador, de acordo com a gravidade da sanção, configurá-la como ilícito penal ou administrativo e designar a autoridade incumbida de a impor, judicial, no caso de ilícito penal, e administrativa, no caso de ilícito administrativo. Ocorre que o direito positivo brasileiro apresenta uma dificuldade para esta corrente.

O artigo 37 § 4º da Constituição prevê sanções a serem impostas no caso de improbidade administrativa. Essas sanções possuem natureza não penal, por expressa disposição constitucional, as quais devem ser impostas por órgãos jurisdicional, nos termos da Lei 8429/92. Note-se que o dispositivo constitucional em questão expressamente ressalva a imposição cumulativa das sanções decorrentes da improbidade com a sanção penal, o que deixa claro que a sanção de improbidade não possui natureza penal, o que, inclusive, foi determinante para que o Supremo Tribunal Federal julgasse procedente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2797-DF, a qual declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do CPP, inseridos pela lei 10628/02, que estendiam o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa.

Por outro lado, o inciso LXVI do artigo 5º da Constituição expressamente reserva a pena privativa de liberdade, estabelecendo que ela somente pode ser imposta por autoridade judiciária, resguardada as transgressões militares, que em razão da hierarquia e disciplina militares, podem ser impostas por autoridades administrativas. Esta exceção à regra é especialíssima, decorrendo da necessidade de se resguardar a disciplina militar necessária para manter a segurança nacional e a própria soberania nacional, acabando por confirmar a regra, pois em um Estado que se declara democrático de direito, não é possível admitir pena de prisão decretada por autoridades sem as garantias inerentes ao Poder Judiciário.

Vê-se, portanto, que no Brasil o Poder Judiciário impõe verdadeiras penas que não possuem natureza penal. Por outro lado, somente o Poder judiciário pode impor penas de prisão. Acredito que estes dois vértices são fundamentais para se diferenciar a responsabilidade penal da administrativa. Até este ponto, duas afirmações já podem ser feitas. A primeira, no sentido de que o fato de uma pena ser imposta por um Juiz no exercício da função jurisdicional não é suficiente para se afirmar que ela possui natureza penal, pois as penas decorrentes de improbidade administrativa possuem natureza extrapenal, por expressa disposição constitucional, e são impostas por autoridade judiciária no exercício da função jurisdicional. A segunda, de que salvo o caso de transgressão militar, a autoridade administrativa não pode impor pena de prisão, a qual, por privar o ser humano de sua liberdade de locomoção, chega extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana.

Segundo ROXIN (1997), o conceito material de delito decorre do fim do direito penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos, o que só o levaria a intervir na falha de outros meios de solução social do problema. Por isso, o Direito Penal seria a *última ratio* da política social e teria sua missão definida como proteção subsidiária de bens jurídicos. Esta limitação se depreenderia do princípio da proporcionalidade, pois como o direito penal pode impor a sanção mais dura ao cidadão, privando-o de sua liberdade, só poderia intervir quando outros meios não lograssem êxito. Roxin aduz que o princípio da proporcionalidade é mais uma diretriz político-criminal que um mandado vinculante, deixando ampla margem de conformação ao legislador, mas permitindo uma crítica legislativa fundada imprescindível ao progresso do direito penal. Assim, para ele, o princípio da subsidiariedade é o critério de delimitação do conteúdo do direito penal, o qual somente deve intervir quando outros meios de regulação social não sejam suficientes, o que desde já afastaria a aplicação do direito penal a pessoas jurídicas, como passo a demonstrar.

Com efeito, GIMENO (2013) analisou especificadamente a eficácia da responsabilidade penal e da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica a fim de averiguar se aquela seria mais eficaz do que essa na prevenção de delitos, podendo intervir como *ultima ratio* quando a responsabilidade administrativa fosse ineficaz. Esta análise levou em conta a gravidade da sanção, a probabilidade de sua imposição e a celeridade na hora de impô-la.

Com relação à gravidade da sanção, GIMENO (2013) observou que a responsabilidade penal possui sanções mais graves do que a responsabilidade administrativa, tendo em vista a

possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, cuja aplicação é vedada pela via administrativa. Contudo, a pena de prisão é incompatível ontologicamente com a pessoa jurídica, não havendo como privá-la da liberdade de locomoção, o que anula esta maior gravidade da sanção penal no caso da pessoa jurídica. Quanto à probabilidade de imposição da sanção, aludida análise demonstra que ela é mais provável na penalidade administrativa do que na penal, pois esta cerca o réu e o processo de maiores garantias, sendo mais fácil obter a condenação e a imposição da sanção na seara administrativa. Por fim, no que pertine a celeridade na imposição, tendo em vista novamente as menores garantias do processo administrativo, é possível que novamente a sanção administrativa seja imposta de forma mais célere.

Com base na análise acima, GIMENO (2013) aponta uma superioridade preventiva da responsabilidade administrativa, o que afastaria a imposição da responsabilidade penal à pessoa jurídica com base no princípio da subsidiariedade do direito penal. Aduz, ainda, que esta análise poderia ser questionada com base simplesmente no maior abalo que a responsabilidade penal causaria à reputação da pessoa jurídica, mas que este efeito depende de valores sociais cambiáveis e da ressonância mediática do caso, não sendo de conhecimento geral a diferença entre essas responsabilidades. Ademais, afirma que os mesmos efeitos poderiam ser obtidos mediante a soma da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da responsabilidade penal da pessoa física, que equivaleriam à responsabilidade penal de ambas. Assim, verifica-se que além de causar sérios abalos às estruturas do direito penal construídas tendo em mira a conduta humana, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é menos eficaz na prevenção de ilícitos do que a responsabilidade administrativa.

Como visto acima, Roxin (1997) demonstra que o princípio da subsidiariedade abre espaço para ampla margem de conformação do legislador na caracterização de uma responsabilidade enquanto penal ou administrativa, razão pela qual entende que a diferença entre estes ilícitos é de regra quantitativa, mas em razão do direito penal constituir a *última ratio* de proteção de bens jurídicos, a partir de um ponto esta diferença quantitativa se transforma em qualitativa. Afirma, ainda, que a sanção administrativa permite uma configuração mais aberta do tipo e se dirige mais especificadamente sobre o autor, visando à prevenção especial, ao passo que o crime visa a prevenção geral.

Ainda que não se possa concordar com a afirmação de que o direito sancionador não se preocupa com a prevenção geral das condutas por ele tipificadas, entendo que a construção de Roxin

tem a virtude de colocar um limite na discricionariedade do legislador na seleção de bens jurídicos cuja ofensa possa ser qualificada como crime ou ilícito administrativo, permitindo uma crítica à sua atividade, que poderá, no limite, invalidar sua escolha. Assim, por exemplo, a pena de prisão é a sanção típica do direito penal, não podendo o legislador, salvo a expressa previsão constitucional da transgressão militar, impô-la a um ilícito administrativo.

Outra virtude desta construção consiste em não qualificar o ilícito em decorrência da autoridade incumbida de impor a sanção decorrente de sua perpetração. Assim, o fato de uma pena ser imposta por uma autoridade judiciária no exercício da atividade jurisdicional não a qualifica como penal. Vê-se, portanto, que os ensinamentos de Roxin solucionam os dois problemas que a diferenciação meramente quantitativa do ilícito penal e administrativo apresentam no Brasil, tendo em vista o nosso direito positivo, o qual proíbe a imposição de pena de prisão por autoridade administrativa e admite a imposição de pena extrapenal por autoridade judiciária no exercício de atividade jurisdicional, como as sanções decorrentes de improbidade administrativa.

Ademais, aludida construção deixa evidente que a pena criminal e a responsabilidade penal são subsidiárias aos demais meios de regulação social e se desenvolveram tendo em mira a pena privativa de liberdade, cuja severidade é qualitativamente diversa das penas que podem ser impostas pelo direito administrativo, pois atinge a liberdade de locomoção do indivíduo, talvez o seu bem mais relevante, chegando extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana, o que justifica toda a construção dogmática do direito penal voltada para a conduta humana, pois somente o ser humano pode ter sua liberdade de locomoção cerceada. Assim, ainda que a responsabilidade penal admita a aplicação de pena de multa e penas restritivas de outros direitos, elas são impostas em caráter subsidiário ou cumulativamente à pena privativa de liberdade, que historicamente é o fio condutor do direito penal.

Note-se que quando se afirma que duas coisas diferem somente quantitativamente, se admite implicitamente que elas se equivalem em gênero, pois a comparação quantitativa exige a identidade dos objetos em análise. Com efeito, o próprio sistema jurídico explicita isto, pois ao regular a compensação, o artigo 369 do Código Civil exige coisas fungíveis, que segundo TEPEDINO, BARBOZA e MORAES (2004), são caracterizadas quando os objetos da compensação são homogêneos. A pena privativa de liberdade atinge o ser humano em bem que se encontra

extremamente próximo do núcleo do princípio da dignidade humana, não se podendo admitir que ela se equivalha em gênero às demais penas admitidas no nosso ordenamento, sendo com elas homogêneas. Talvez no futuro esta pena seja até mesmo proscrita, como ocorrido com as penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, que são expressamente afastadas pelo artigo 5º, XLVII, da Constituição.

Observa-se, contudo, que o direito penal e o crime carregam consigo uma carga simbólica e uma repulsa social cujo peso causa dificuldades ao legislador e ao operador do direito na hora de admitir a descriminalização de uma conduta.

O artigo 28 da Lei 11343/2006 não prevê pena de prisão para o usuário de drogas. Logo quando de seu ingresso no mundo jurídico GOMES (2006) sustentou que aludido dispositivo legal teria descriminalizado a posse de substância entorpecente, pois segundo a Lei de introdução ao Código Penal, Decreto Lei 3914, somente seriam crimes ilícitos apenados com pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Apesar de sustentar a descriminalização da posse de drogas, mencionado articulista afirmava que a posse destas substâncias subsistira como ilícitos penais, mas não como crime. Esta tese chegou rapidamente ao STF que a refutou no julgamento da Questão de Ordem do RE 430105, cuja ementa possui o seguinte teor:

EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente

disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Como se observa da exposição sucinta da tese levantada pelo professor Luiz Flávio Gomes e da ementa do acórdão que a refutou, ambas foram construídas com base simplesmente na observação do direito positivo infraconstitucional, e não na dogmática penal e nas disposições da Constituição, podendo-se extrair deste fato, que ambas admitem ampla liberdade ao legislador para qualificar uma conduta como geradora de responsabilidade penal. Merece menção, ainda, o fato do voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence ter logo no início deixado claro que sua maior preocupação era com as consequências da tese da descriminalização. Ambos os fatos denotam a adoção da diferenciação quantitativa entre responsabilidade Penal e os demais tipos de responsabilidade.

Ocorre que esta corrente traz dificuldades para solucionar diversas hipóteses concretas que surgem e surgirão à frente do operador do Direito. Por exemplo, qual a natureza jurídica da pena ressarcitória prevista no artigo 387, IV do CPP ? Somente se chega à conclusão de que sua natureza é civil, levando-se em conta que a reparação do dano é própria daquela esfera, pois ela se encontra prevista no Código de Processo Penal e é aplicada na sentença penal. Outro exemplo, é cabível o dano moral punitivo? Levando-se em conta que o espaço da responsabilidade civil é a reparação do dano e que os princípios de direito penal incidem em toda atividade punitiva do Estado, a resposta só pode ser negativa, pois ele não é previsto em lei.

Com a maior preocupação do direito penal com a vítima e com a necessidade de evitar o encaminhamento ao cárcere daqueles que cometem crimes leves, tendo em vista o notório caos de

nosso sistema carcerário e a perda de credibilidade da pena de prisão, cada vez mais virão à tona leis que colocarão o operador do direito em situações intrincadas, sendo impossível manter a coerência do sistema caso se entenda que a diferença entre a responsabilidade penal, civil e administrativa é somente quantitativa.

Por exemplo, a pena de improbidade administrativa possui natureza extrapenal por expressa disposição legal, mas é imposta por um Juiz. Assim, qual sua natureza jurídica? A teoria quantitativa não responde essa questão. Outro exemplo, para grande parte da doutrina a Constituição somente admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais. Contudo, o legislador no caso da Lei Anticorrupção previu a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica com penas semelhantes às da Lei 9605/98, que trata de crimes ambientais, as quais também devem ser impostas pela via judicial. Ou seja, a diferença entre as responsabilidades previstas em ambas as leis é a simples nomenclatura? Isto é possível?

Com relação ao objeto do presente estudo, a Lei Anticorrupção permite a imposição das penas previstas no artigo 6º tanto pela autoridade administrativa como pelo Juiz. Assim, para os que defendem a diferença meramente quantitativa entre responsabilidade penal e administrativa, essas penas teriam natureza penal, quando impostas pelo Juiz, e administrativa, quando impostas pela autoridade administrativa? Somente este exemplo já deixa claro o quanto a abordagem quantitativa é pobre, pois se baseia exclusivamente na legislação ordinária, não oferecendo soluções ao operador do direito para problemas que serão cada vez mais comuns no futuro.

É certo que na presente dissertação não é possível solucionar esta questão de maneira que a isente de críticas, pois isto demandaria talvez uma tese. Contudo, busquei uma solução que seja instrumental à interpretação da Lei Anticorrupção, mas que auxilie também em outros casos.

Assim, parece-me que tanto a responsabilidade penal quanto a administrativa são impostas tendo em vista o interesse da coletividade e integram o direito de punir do Estado, que é unitário. Os princípios aplicáveis ao direito penal também são aplicáveis ao direito administrativo sancionador, pois foram cunhados em grande parte no iluminismo, visando conter a atividade punitiva do Estado, enquanto unidade. Deve haver, contudo, algumas adaptações pertinentes, tendo em vista que a responsabilidade administrativa não impõe encarceramento, razão pela qual estes princípios incidem

de maneira menos incisiva, pois a dignidade do ser humano é menos abalada quando não é imposta pena privativa de liberdade. Desta forma, a possibilidade de encarceramento como pena parece ser o ponto distintivo das duas responsabilidades, o que explica o fato do direito penal ter se desenvolvido tendo em vista a conduta humana como paradigma, pois, a imposição de pena privativa de liberdade somente é aplicável à pessoa natural.

Esta distinção tem caráter qualitativo e não quantitativo, pois, a liberdade de locomoção do indivíduo, talvez seja seu bem mais relevante, chegando extremamente próximo ao núcleo do princípio da dignidade humana, não se podendo admitir que ela se equivalha em gênero às demais penas admitidas no nosso ordenamento, sendo com elas homogêneas. Assim, sempre que preveja a possibilidade de encarceramento, ainda que remoto, o legislador deve seguir o modelo da responsabilidade penal.

Esta diferença qualitativa se refere à sanção aplicável. Quanto ao conteúdo da conduta geradora de ambas as responsabilidades não é possível estabelecer de imediato uma distinção precisa, razão pela qual o legislador possui bastante discricionariedade neste ponto. Contudo, deve sempre levar em conta os princípios da subsidiariedade do direito penal e da proporcionalidade no momento de discriminar condutas que gerarão cada uma das responsabilidades, de forma que se a conduta gera pouca lesividade social, deve-se preferir a responsabilidade administrativa, podendo, inclusive, haver invalidação da opção pela responsabilidade penal em caso de abuso manifesto. Quando pretenda punir uma conduta sem se valer da possibilidade de encarceramento do infrator, o legislador não tem opção, deve se valer da responsabilidade administrativa.

Note-se que quando não seja cominada pena privativa de liberdade, o fato de a punição ser imposta inicialmente pela Administração ou pelo Juízo no exercício da atividade jurisdicional não acarreta grande consequência, pois, caso seja a Administração encarregada desta tarefa, o apenado, não se conformando, poderá levar a matéria ao Poder Judiciário, o qual deverá, inclusive, averiguar a justiça da pena através da análise de sua proporcionalidade, vez que não há discricionariedade na aplicação de sanção, como decidido pelo STJ no julgamento do Mandado de Segurança 12927 - DF

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ORDEM DENEGADA.

**I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistem aspectos discricionários (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que imponha sanção disciplinar.**

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

V - A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto. Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.

Admitindo-se que o Judiciário possa analisar com amplitude o ato punitivo aplicado pela administração, o fato de se atribuir à função executiva ou jurisdicional a aplicação de uma sanção não alterará sua natureza, como entendem aqueles que adotam uma diferenciação quantitativa entre responsabilidade penal e administrativa, pois o Judiciário cedo ou tarde é quem dirá a última palavra.

Assim, quando a um ato ilícito a legislação impõe uma pena, além de obrigação de reparar o dano, que é inerente a esfera cível, estamos diante do *ius puniedi* estatal, que busca tutelar o interesse da coletividade. A responsabilidade em questão terá natureza penal quando possa de alguma forma levar à aplicação de uma pena privativa de liberdade e administrativa quando isto seja impossível. Poder-se-ia até criar uma nova nomenclatura para as hipóteses em que a aplicação da

sanção incumbisse ao Poder Judiciário desde o início, mas isto não é necessário, pois não haverá alteração substancial das regras e princípios que regerão a responsabilidade somente pelo fato de ela ser aplicada desde o início pelo Judiciário, e isto poderá trazer mais confusão do que solução para casos concretos em que seja questionado seu regime jurídico.

Esta solução resolve a questão da natureza jurídica da responsabilidade da pessoa jurídica pelas penas prevista na nova lei anticorrupção, ela possui natureza administrativa e não penal, ainda que aplicada por autoridade judiciária, pois a lei não admite prisão da pessoa jurídica pelos fatos nela tipificados, até em razão da impossibilidade material disto acontecer.

Jesus-Maria SILVA SÁNCHEZ (2001) afirma que uma das razões da expansão da responsabilidade penal é a perda de confiança da coletividade na Administração em decorrência de sua burocracia e dos constantes casos de corrupção em que está envolvida, o que, afirma, faz com que não tenha a imagem ligada a um meio de proteção, sendo encarada como uma cúmplice de delitos. Contudo, geralmente, o Judiciário possui um processo de aplicação de sanção mais burocratizado do que o processo administrativo e não está imune a casos de corrupção, o que coloca dúvidas a respeito deste diagnóstico. De qualquer forma, a Lei Anticorrupção no seu artigo 20 estabeleceu um interessante antídoto para ele ao permitir que o Ministério Público, em caso de omissão da Administração, busque em Juízo a aplicação das sanções que àquela incumbiria impor.

Assim, como a responsabilidade em questão é administrativa, nada impede, a princípio, sua extensão à pessoa jurídica, pois este tipo de responsabilidade sempre admitiu a responsabilização da pessoa jurídica, a qual atuaria por meio da pessoa que materialmente pratica o ato, que é considerada como um órgão daquela.

A teoria do órgão é muito difundida no direito Administrativo. Contudo, ela é aplicável também para explicar a forma como a pessoa jurídica manifesta sua vontade, pois, como ressalta Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO (1981), todo e qualquer tipo de organização implica na existência ordenada de órgãos destinados a cumprir uma função ou uma finalidade.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2004), a característica fundamental da teoria do órgão consistiria no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão seria imputada à

pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Haveria, assim, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outros sujeitos de direito, e uma relação jurídica interna, que vincularia o órgão à pessoa jurídica a que pertence. Pontes de Miranda (1970), com base na teoria do órgão desenvolvida por Gierke, aduz que quando o órgão pratica o ato, ele entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não havendo representação e sim apresentação, o ato não é do órgão ou das pessoas que o compõe e sim da pessoa jurídica.

Tendo em vista que o ato do órgão é ato da pessoa jurídica, a jurisprudência pátria admite tranquilamente a aplicação de sanções administrativas a esta, resolvendo a questão da necessidade da existência de culpabilidade para aplicação de qualquer sanção, o que será objeto do capítulo seguinte, mediante a simples transposição da culpabilidade da pessoa física que pratica materialmente a conduta para a pessoa jurídica, como se observa no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Mandado de Segurança 35221, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, que restou assim ementado:

#### **EMENTA**

**FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. ILÍCITOS PRATICADOS POR SÓCIO. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.**

I - Comprovada pela administração, em regular processo administrativo, onde se possibilitou o exercício da ampla defesa, a prática das condutas ilícitas constantes de lei estadual, de rigor a penalidade prevista, *in casu*, a declaração de inidoneidade para licitar.

II - O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos no artigos 90 e 95 da Lei 8.666/93 não proíbe a investigação administrativa desta, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas.

III - Atuando o sócio de forma a fraudar licitações procurando obter vantagem ilícita para a sua empresa, tem-se viabilizada a responsabilização desta na via administrativa.

IV - Recurso ordinário improvido.

Vê-se, portanto, que os debates a respeito da impossibilidade da pessoa jurídica praticar conduta e, assim, ser responsabilizada pelo direito penal, não se reproduzem no âmbito da responsabilidade administrativa através da aplicação da teoria do órgão, de forma que a conduta do agente ligado à pessoa jurídica é diretamente a ela imputada.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece se utilizar da teoria do órgão mesmo sustentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas condutas descritas na Lei 9605/98, como se observa nas seguintes passagens do voto condutor do Ministro Gilson Dipp no julgamento do Recurso Especial Nº 564.960, em que foi afirmado:

“Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

(...)

É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Germano da Silva continua: "Em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. Do mesmo modo o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado."

(...)

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica.”

Problema ocorre, contudo, quando a lei que regula a responsabilidade administrativa determina a aplicação da sanção cumulativamente à pessoa física que materialmente pratica a conduta e a pessoa jurídica, pois isto é incompatível com o princípio da imputação volitiva desenvolvido pela teoria do órgão, que, como acima exposto, dá vida a uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outros sujeitos de direito, e uma relação jurídica interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence, pois, a atividade do agente passaria a ser imputada à ele e não à pessoa jurídica, o que torna necessário o desenvolvimento de outro critério para imputação da conduta vedada à pessoa jurídica e, assim, ao surgimento de sua responsabilidade.

Este problema não existe quando se está diante da combinação de responsabilidade penal para a pessoa natural e de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica, uma vez que a responsabilidade penal é desenvolvida tendo em vista a conduta humana e não se utiliza da teoria do órgão. Contudo, quando estamos diante de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica e para a pessoa natural, que ainda responderá na seara penal, não seria coerente deixar de aplicar a teoria do órgão, imputando a conduta da pessoa natural a ela própria, gerando sua responsabilidade administrativa pelo ato praticado e, concomitantemente, voltar atrás e utilizá-la para imputar a conduta à pessoa jurídica, fazendo nascer cumulativamente sua responsabilidade. Neste caso, há o surgimento concomitante de duas penas distintas e não o surgimento de simples responsabilidade solidária ou subsidiária, pois o cumprimento da pena estipulada para a pessoa natural não extinguirá o débito da pessoa jurídica, e o cumprimento por essa não extinguirá a pena daquela.

Assim, quando a Lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3º da Lei Anticorrupção, é necessário se criar outros critérios para imputação da responsabilidade à pessoa jurídica, pois a conduta de seu órgão será a ele próprio imputada, gerando sua responsabilidade administrativa, tornando-se inaplicável a teoria do órgão. Este é o problema que buscarei resolver no próximo capítulo, em que tentarei encontrar um critério para imputação das penas previstas na lei anticorrupção à pessoa jurídica. Note-se que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 548181 refutou o entendimento do STJ no sentido de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da responsabilização da pessoa natural, o que corrobora com o entendimento de que é preciso encontrar um critério para imputação de penas diretamente à pessoa jurídica. Mencionado acórdão, da lavra da Ministra Rosa Weber, restou assim ementado:

#### EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.
2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.
3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.
4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.
5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

## **IV - DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA PELAS PENAS COMINADAS NA LEI ANTICORRUPÇÃO**

### **4.1 APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL AO DIREITO SANCIONADOR**

A Lei 12846/2013 prevê a imposição de pesadas penas às pessoas jurídicas em decorrência da prática das infrações nela tipificadas. Como visto no capítulo anterior, a cominação destas penas dão ensejo ao surgimento de responsabilidade administrativa da pessoa jurídica.

A responsabilidade administrativa, assim como a responsabilidade penal, integra o *ius puniendi* do Estado, que é uno, ainda que se manifeste de formas distintas. Em consequência desta constatação, Miguel Bajo Fernandez e Silvinia Bacigalupo Saggese(2008) afirmam que na atualidade é opinião doutrinária comum que os princípios de Direito Penal são aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador.

De fato, como ressalta GABARDO (2012), quando o art. 5º, inciso XLVI, da Constituição prescreve que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos”, não faz distinção entre a responsabilidade penal e administrativa, podendo-se depreender da Constituição a existência de um núcleo comum de toda atividade punitiva estatal.

Conforme defende Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e GARCIA (2011), ainda que não se afirme uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, deve ser reconhecida a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu poder punitivo, o qual estaria albergado na Constituição.

Segundo MUNHOZ DE MELLO (2007), as garantias constitucionais decorrentes da adoção do princípio do Estado Democrático de Direito por nossa Constituição impõem em qualquer âmbito punitivo estatal a adoção dos princípios da legalidade, da tipicidade, da irretroatividade, da culpabilidade, da vedação do *bis in idem* e do devido processo legal.

A jurisprudência pátria também admite a aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, como se observa nas seguintes ementas:

MS 12.927 - DF (2007/0148856-8)

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE. INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

(...)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.697 - PR (2011/0096983-6) EMENTA AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

(...)

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, caput, também é claro: "[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores ; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores , a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo propter rem, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

14. Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem.

15. Recurso especial provido.

Dentre os princípios de direito penal aplicáveis ao Direito Administrativo sancionador, o princípio da culpabilidade possui especial relevância para a interpretação da Lei 12846/2013.

MUNHOZ DE MELLO (2007) afirma que a aplicação do princípio da culpabilidade no direito administrativo sancionador decorreria do princípio da proporcionalidade, que por sua vez seria inerente ao princípio do Estado democrático de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição, mais precisamente do subprincípio da adequação, pois não seria adequado aplicar uma sanção a alguém que não agiu ao menos culposamente, uma vez que a função preventiva da sanção administrativa não estaria presente nesta hipótese. Assim, se a sanção não cumpre sua finalidade preventiva, ela não é um meio adequado para evitar a conduta tipificada. Referido autor aduz que do princípio da culpabilidade decorreria a exigência de dolo ou culpa para a imposição da sanção e a vedação de sua transmissão a terceiros que não participaram da conduta típica.

Segundo ZAFFARONI (2004), o princípio da culpabilidade representa a exigência de que a conduta seja ao menos culposa e reprovável ao autor. A primeira exigência afastaria a responsabilidade objetiva. ROXIN (2006) afirma que o princípio em questão é indispensável por constituir o critério central de toda imputação, atuando já no plano do injusto, a fim de excluir causações decorrentes de mero acaso, sendo a espinha dorsal tanto da imputação objetiva como da imputação subjetiva, pois após determinar que a causação não é fruto do acaso, decorrendo de modo objetivamente imputável, deverá ser verificado se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva. Segundo ele, cursos causais somente serão imputados na medida em que representem realização de um risco não permitido criado pelo autor.

Como visto, o princípio em questão veda a responsabilidade objetiva, impedindo que causações frutos do acaso sejam sancionadas. Contudo, a Lei 12846/2013 afirma que a pessoa jurídica responde objetivamente pela prática das infrações nela cominadas ao estabelecer que:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Observa-se, portanto, que segundo o dispositivo transcrito, dois são a princípio os pressupostos para responsabilização da pessoa jurídica, quais sejam, a prática dos atos lesivos nela tipificados e a existência de interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Mencionada responsabilidade administrativa objetiva pode ser interpretada de diversas formas, consoante se passa a demonstrar:

#### **4.2 - IMPUTAÇÃO DA SANÇÃO INDEPENDENTE DE CULPA OU DOLO DA PESSOA NATURAL QUE ATUA NO INTERESSE OU BENEFÍCIO DA PESSOA JURÍDICA.**

A pessoa jurídica age materialmente por meio de pessoas naturais a ela vinculadas. Assim, a primeira interpretação que se poderia atribuir ao dispositivo transcrito, seria imputar à pessoa jurídica a responsabilidade pelas condutas praticadas pela pessoa natural a ela vinculada, independentemente da existência de culpa ou dolo desta pessoa natural.

Segundo ZAFFARONI (2004), quando se estabelece uma responsabilidade penal objetiva adota-se o princípio do “*versari in re illicita*,” conceituando-se autor da infração aquele que tenha praticado a conduta prevista no tipo e causado o resultado, ainda que por puro acidente. Note-se, contudo, que afronta à própria razão ontológica de existência da pena punir a pessoa jurídica simplesmente em razão de uma pessoa a ela ligada ter praticado a conduta prevista na norma, quando no caso concreto não tinha condições de saber que se encontrava diante da situação fática nela prevista e eleger entre a sua prática ou não.

Com efeito, quando o Estado veda ou impõe uma conduta e estabelece uma pena para o descumprimento de seu comando, o que ele visa é adequar o comportamento do corpo social ao comando normativo. A aplicação da pena justifica-se em razão de seu efeito dissuasivo, pois, aquele que foi penalizado tende a não violar novamente a determinação legal, e os demais membros do corpo social, ao tomarem ciência da punição do infrator, acabam refletindo antes de praticarem a conduta vedada, sendo intimidados pela pena a se portarem de acordo com a prescrição legal. Além disto, a pena reforça na consciência dos integrantes da sociedade e do infrator a necessidade de respeitarem os bens jurídicos protegidos pela norma que cria a infração. Assim, a pena teria uma função preventiva, além de representar uma retribuição ao infrator de um mal proporcional ao por ele causado com o descumprimento do preceito legal.

Ora, a pena deixa de possuir qualquer função quando é aplicada a quem no caso concreto não tinha condições de saber que se encontrava diante da situação fática que dava ensejo a sua aplicação e possibilidade de eleger entre a prática da conduta vedada e outra permitida. Nesta hipótese, seu efeito dissuasivo perde a função de ser, uma vez que o agente não tem condições de eleger livremente entre praticar a conduta ou não, passando a punição a depender do acaso. Se a punição depende do acaso, sua incidência não reflete na conduta futura do apenado e dos demais integrantes do corpo social, pois a eles não é aberta a opção de elegerem entre a prática da conduta vedada e, conseqüentemente, eventual recebimento da pena, e a prática da conduta permitida, ficando a mercê de eventual punição simplesmente em razão de atuarem no setor objeto da regulamentação legal. Também o efeito retributivo se esvai neste caso, pois não há sentido em retribuir a alguém um mal que não poderia evitar.

Poder-se-ia alegar que esta linha de argumentação seria contraditória com a admissão da responsabilidade civil objetiva, pois, neste caso se impõe a obrigação de reparar o dano àquele que atuou sem culpa ou dolo. Observa-se, no entanto, que a responsabilidade civil objetiva se fundamenta na necessidade maior de se reparar a vítima e nos riscos assumidos pelo autor do dano, o que justifica a obrigação que lhe é imposta. Contudo, um Estado que considere primordial aplicar uma pena, mesmo que desprovida de seus fundamentos e objetivos, não poderá ser considerado um Estado Democrático de Direito, pois estará sobrepondo-se à sociedade ao invés de servir como instrumento de seu desenvolvimento.

Assim, como a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, segundo a dicção do artigo primeiro da Constituição, entendo ser vedado constitucionalmente o estabelecimento de responsabilidade administrativa objetiva à pessoa jurídica, impondo-lhe uma pena independentemente da existência de conduta dolosa ou culposa da pessoa natural por meio da qual ela atua e sem que seja demonstrado que ela poderia ter criado mecanismos que evitariam a prática da conduta vedada.

Com efeito, como afirmado acima, a constatação de que o *ius puniendi* estatal é uno, sendo exercido por meio do Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, impõe a extensão àquele ramo do direito dos princípios do direito penal, dentre os quais o princípio da culpabilidade, que proscree a responsabilidade objetiva, como defende BACIGALUPO (2012) com apoio na Jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha.

#### **4.3 – IMPUTAÇÃO À PESSOA JURÍDICA DA CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA DA PESSOA NATURAL QUE ATUA EM SEU BENEFÍCIO OU INTERESSE, INDEPENDENTEMENTE DE SE PERQUIRIR A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA**

A segunda interpretação que se poderia atribuir à aludida responsabilidade objetiva administrativa penal prevista no artigo 2 da Lei 12846/2013 seria no sentido de que a mesma imputa ao ente coletivo a conduta dolosa ou culposa da pessoa natural por meio da qual ela atua, independentemente de se perquirir a respeito da existência de culpa ou dolo da própria pessoa jurídica. Este é o modelo clássico de responsabilização da pessoa jurídica no âmbito administrativo, em que as condutas das pessoas naturais que agem em seu nome e interesse lhe são imputadas diretamente, pois, são reputadas condutas do próprio ente coletivo. Tendo em vista a necessidade de primeiramente se demonstrar a conduta dolosa ou culposa da pessoa natural e posteriormente imputá-la à pessoa jurídica, este tipo de responsabilidade é também denominada de responsabilidade indireta, por reflexo ou ricochete, como esclarece Filipa Vasconcelos Assunção (2010).

Para deixar claro o afirmado, transcrevo a seguinte passagem da obra de Rafael MUNHOZ DE MELLO (2005. Pág. 209):

“Sendo assim, para que seja observado o princípio da culpabilidade, há que se investigar se a atuação das pessoas físicas que integram a pessoa jurídica é dolosa ou culposa. Dito de outro modo: para que se configure a infração administrativa, a pessoa física que age em nome da pessoa jurídica deve praticar a conduta ilícita com dolo ou culpa *strictu sensu*. Se assim age, descumprindo um dever imposto à pessoa jurídica, imputa-se a esta a má conduta praticada, devendo-se-lhe impor a correspondente sanção administrativa. Daí afirmar Blanca Louzano que a exigência de culpabilidade, no caso das pessoas jurídicas, deve se referir “a los titulares de sus órganos, a través de los cuales actúa”. Ou seja: “la culpa de la entidad será así la culpa de sus administradores”.

Esta segunda interpretação da responsabilidade objetiva pelo cometimento das infrações previstas na lei anticorrupção manteria inalterado o clássico modelo de responsabilidade administrativa direta da pessoa jurídica adotado no Brasil, que se fundamenta na teoria do órgão.

A teoria do órgão é amplamente aplicável no direito administrativo para explicar a maneira pela qual se manifesta o querer e o agir do Estado, tendo em vista que na condição de pessoa jurídica ele não possui vontade e ação no sentido de manifestação anímica própria, como ressalta MELLO (1975).

Segundo CAETANO (1951), como somente as pessoas naturais manifestam seu querer, é necessário que qualquer pessoa coletiva indique através de quais órgãos toma consciência e exprime sua vontade. Para o jurista lusitano, o órgão exprime a vontade imputável à pessoa jurídica.

DI PIETRO (2000) esclarece que na condição de pessoa jurídica o Estado atua através de seus agentes, pessoas físicas, existindo três teorias para explicar a relação entre ambos. A teoria do mandato, segundo a qual os agentes seriam mandatários do Estado. Esta teoria não se sustentaria em razão de não explicar como o Estado, que é privado de vontade própria, pode outorgar mandato. A teoria da representação, que alude que os agentes seriam representantes do Estado por força da Lei, equiparando-se o agente ao tutor ou curador e o Estado ao incapaz. Esta teoria pode ser criticada, pois equipara o Estado ao incapaz, e levaria ao inconveniente de exonerá-lo de responsabilidade quando o agente excedesse os poderes de representação. Já a teoria do órgão,

estabelece que a pessoa jurídica se manifesta por meios dos órgãos, que quando atuam no exercício de suas funções no ente coletivo levam à imputação da vontade e da ação ao próprio ente coletivo.

Apesar de bastante difundida no Direito Público, a teoria do órgão explica a forma pela qual pessoas jurídicas em geral manifestam vontades e atuam no universo jurídico, adquirindo direitos e obrigações, sendo aplicável, portanto, a pessoas jurídicas de direito privado.

Com efeito, RUGGIERO (1971), na obra *Instituições de Direito Civil*, aduz que a pessoa jurídica atua e cria relações jurídicas por meio de seus órgãos, devendo-se considerar qualquer ato por este praticado como referido ao próprio ente coletivo. Caio Mario da Silva PEREIRA (2002), por sua vez, afirma que as pessoas físicas não são representantes ou intermediários da vontade da entidade, o que pressuporia duas vontades, havendo, na verdade, uma só vontade própria da pessoa jurídica emitida pela pessoa física, que é o elemento vivo de contato da pessoa jurídica com o mundo jurídico, constituindo-se assim no aparelhamento técnico ou órgão da pessoa jurídica, através dos quais ela manifesta sua vontade ou exerce sua atividade, não importando a natureza pública ou privada, civil ou mercantil da entidade.

Na verdade, um estudo a respeito da teoria do direito de Otto Gierke, apontado por DI PIETRO (2000) como o elaborador da teoria do órgão, deixa evidente a aplicabilidade desta última às pessoas jurídicas de direito privado também.

Segundo VICEN (1979), Gierke é integrante da escola histórica do direito, o qual para ele é por essência um fenômeno social, um produto da vida de agrupamentos humanos, sendo manifestação da vida de comunidades humanas, constituindo-se em um sistema normativo no qual o conteúdo que recebe da vida histórica de uma coletividade é elemento essencial de seu conceito. Gierke se opõe a ideia de Estado como centro de poder absoluto distinto e independente da soma de seus súditos, afirmando a sua natureza como uma associação a mais no mundo de formas supra individuais nas quais se expressa a vida humana, possuindo a mesma estrutura das demais associações nas quais o homem se integra, as quais possuem existência própria, distinta de seus membros, constituindo uma unidade real corpóreo-espiritual.

Vê-se, portanto, que seria incompatível com a teoria do direito do próprio fundador da teoria do órgão limitar sua aplicação à pessoas jurídicas de direito público, pois, para Gierke, o Estado possui a mesma estrutura das demais associações humanas.

Apesar de ser aplicável tanto a pessoas jurídicas de direito público como a pessoas jurídicas de direito privado, a teoria do órgão se difundiu de maneira mais ampla no direito administrativo, sendo quase que obrigatoriamente mencionada nos manuais desta matéria, ao passo que no direito privado ela é geralmente utilizada para explicar a forma como pessoas jurídicas manifestam sua vontade por seus diretores, mas sem sequer ser denominada de “teoria do órgão”. Acredito que esta diferenciação tenha decorrido da existência de regras de direito positivo que limitavam a ampla aplicação da teoria no direito privado ao tratar da responsabilidade por fato alheio.

Para se esclarecer este problema é preciso se ter em mente a advertência de OLIVARES (2006) de que a teoria do órgão se apresenta atualmente no direito administrativo de maneira bicéfala. Ela explica a maneira como a Administração pratica atos jurídicos, manifestando sua vontade através de seus agentes, e também a responsabilidade da Administração pelos atos praticados por aqueles no exercício da função que desempenham no ente coletivo.

Ainda segundo OLIVARES (2006), na sua origem conceitual a teoria do órgão se limitava a explicar a forma como o Estado, na condição de pessoa jurídica, praticava atos jurídicos, manifestando sua vontade. Neste contexto, ela somente atribuía a condição de órgãos a autoridades governamentais ou administrativas dotadas de poder de decisão, não se estendendo aos demais agentes do Estado. Contudo, Duguit (apud.OLIVARES 2006) observou que a concepção de órgão se prestava também a justificar a responsabilidade por atos ilícitos das pessoas corporativas em geral, e do Estado em particular, pois o ato voluntário do agente seria reputado ato voluntário da pessoa jurídica, e, assim, o que apareceria exteriormente como culpa do agente seria realmente culpa da corporação ou do Estado.

Com esta ideia concorda BIELSA (1966), que afirma que a Administração tem uma vontade e exerce uma atividade própria através de seus funcionário e empregados, e, assim, de maneira recíproca, a culpa a que tenha incorrido o funcionário se traduz em culpa da administração.

No âmbito do direito privado, Clovis BEVILAQUA (1946) relacionava a ideia de órgão com responsabilidade ao afirmar que a responsabilidade civil da pessoa jurídica decorreria da existência de um dano provocado por um órgão seu no exercício de suas funções. Caio Mario da Silva PEREIRA (1996) também relaciona os ensinamentos da teoria do órgão com a responsabilidade civil da pessoa jurídica, ao afirmar que quando um órgão da pessoa jurídica pratica um ato culposos é a própria pessoa jurídica que desta forma atuou.

Segundo OLIVARES (2006), Hauriou, em matéria de responsabilidade, estendia a noção de órgão a todos os agentes da Administração, o que acabou se difundindo no Direito Administrativo, pois o Estado pratica diversas atividades materiais por meio de agentes que não são dotados de poder de decisão, as quais, quando geram danos a terceiros, fazem surgir sua responsabilidade. No direito Brasileiro, a doutrina vincula a noção de órgão ao exercício da função pública, sem distinguir entre agentes dotados de poder de direção ou não, como se observa nas obras de MELLO (1975), DI PIETRO (2000) e SANTOS (2004), que não fazem esta distinção.

Esta construção, contudo, não repercutiu no direito privado de imediato, pois o direito positivo de diversos países continha regra expressa regulando a responsabilidade civil do empregador por atos praticados por seus empregados, a qual somente restaria configurada na hipótese do evento danoso ter sido causado em decorrência de culpa do empregado, somada à culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do empregador, como previsto no artigo 1521, III c/c 1522 do código civil de 1916.

Em razão destas regras, prevalecia o entendimento de que a pessoa jurídica de direito privado somente responderia diretamente na hipótese de danos causados por seus órgãos dirigentes. Quanto aos danos causados por empregados sem poder de direção, sua responsabilidade seria indireta, ficando condicionada à demonstração de culpa do empregado somada à culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do empregador, que em geral era presumida. Esta solução também era adotada no Direito Alemão, como se infere da obra de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF(1947).

Tendo em vista esta dicotomia no que pertine à responsabilidade da pessoa jurídica, a noção de órgão no âmbito do direito privado permaneceu limitada aos agentes dotados de algum poder de direção, não sendo estendida às demais pessoas físicas que atuassem no exercício da sua função no ente coletivo.

Caio Mario da Silva PEREIRA (1996) observou, contudo, que se na responsabilidade contratual a vítima tem condições e o dever de averiguar os poderes do agente com quem trava relações jurídicas em nome da pessoa coletiva, na hipótese de responsabilidade decorrente de ilícito extracontratual isso não ocorreria, não sendo dado à vítima a oportunidade de averiguar a condição do órgão no momento da eclosão do dano. Esta observação sugere a extensão da noção de órgão no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Soma-se a isto, o fato do Código Civil de 2002 ter previsto a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados pelo empregado no exercício do trabalho ou em razão dele, ou seja, em razão da função que lhe fora cometida na pessoa coletiva, como ocorre com o Estado com relação a seus agentes.

Diante da observação de Caio Mario e da responsabilidade objetiva do empregador pelos atos praticados por seus empregados no exercício ou em razão da função que exercem na pessoa coletiva, não há mais obstáculo à extensão da noção de órgão àqueles que praticam atos ilícitos no exercício ou em razão da atividade desenvolvida no seio da pessoa jurídica, ainda que não exerçam cargos de direção no ente coletivo, pois a pessoa jurídica pratica no mundo real atos materiais através de empregados sem poder de direção, devendo responder pelos ilícitos praticados de maneira dolosa ou culposa por aqueles, independentemente de outras considerações, assim como ocorre com o Estado com relação às condutas de seus agentes.

Note-se que na prática em matéria de responsabilidade administrativa, ou “penal”, da pessoa jurídica, a jurisprudência do STJ já vem adotando a teoria do órgão, analisando a culpabilidade da pessoa natural que no exercício de sua função no ente coletivo pratica materialmente a conduta vedada, a fim de transportar sua culpabilidade à pessoa jurídica, embora não afirme expressamente adotar esta teoria, como se observa no julgamento do Mandado de Segurança 35221, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, que restou assim ementado:

#### **EMENTA**

**FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. ILÍCITOS PRATICADOS POR SÓCIO. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE.**

I - Comprovada pela administração, em regular processo administrativo, onde se possibilitou o exercício da ampla defesa, a prática das condutas ilícitas constantes de lei estadual, de rigor a penalidade prevista, *in casu*, a declaração de inidoneidade para licitar.

II - O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos no artigos 90 e 95 da Lei 8.666/93 não proíbe a investigação administrativa desta, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas.

III - Atuando o sócio de forma a fraudar licitações procurando obter vantagem ilícita para a sua empresa, tem-se viabilizada a responsabilização desta na via administrativa.

IV - Recurso ordinário improvido.

O voto do relator deixa evidente a aplicação da teoria do órgão nos termos aqui aventados, como se observa da seguinte passagem:

O fato de a empresa não ser denunciada juntamente com o seu sócio pelos crimes previstos no artigo 90 e 95 da Lei 8.666/93 não implica que não podem ser investigados administrativamente, máxime, ao se verificar que a referida lei não prevê sanções penais para as pessoas jurídicas.

Assim, apurada, no âmbito administrativo, com a observância do devido processo legal, a ocorrência de ilícitos pelo sócio da recorrente, visando beneficiar, em última ratio, a própria recorrente com a obtenção de valores indevidos, deve ser mantida a sanção administrativa imposta pela Lei Estadual 9.433/2005.

Sobre o assunto, destaco excerto do parecer do MPF, verbis :

**Como é sabido, a empresa é movimentada pelos seus representantes devidamente constituídos. A pessoa jurídica não possui vida e vontade para agir por conta própria, necessitando de pessoas físicas para praticar atos em seu nome. Na esteira, é claro que, se um dos sócios pratica um ilícito administrativo, está cometendo-o em nome da própria empresa, sendo essa responsabilizada pelos atos de seus representantes.**

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça parece se utilizar da teoria do órgão mesmo sustentando a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas condutas descritas na Lei 9605/98, como se observa nas seguintes passagens do voto condutor do Ministro Gilson Dipp no julgamento do Recurso Especial Nº 564.960 Resp, em que o mesmo afirmou:

“Na sua concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

(...)

É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Germano da Silva continua: "Em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. **Do mesmo modo o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado.**"

(...)

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que **autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica**; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica.”

A esse respeito também merece ser transcrita a seguinte ementa:

**EMENTA RECURSO ESPECIAL Nº 610.114 - RN (20030210087-0)**

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. **CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.**

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

- IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.
- V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.
- VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.
- VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.
- VIII. *"De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."*
- IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.
- X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que *"nenhuma pena passará da pessoa do condenado..."*, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.
- XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.
- XII. **Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.**
- XIII. **A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.**
- XIV. **A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.**
- XV. **A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.**
- XVI. Recurso desprovido.

Vê-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça transporta a conduta da pessoa natural que atua em nome da pessoa jurídica a fim de justificar sua culpabilidade e punição, o que nada mais é do que aplicar a teoria do órgão. Note-se que os acórdãos acima apontados se referem a condutas de dirigentes da pessoa jurídica, mas o que é relevante para o STJ é a presença de uma pessoa natural vinculada à pessoa jurídica a quem se possa imputar materialmente a conduta. Certamente o STJ não absolveria a pessoa jurídica caso se comprovasse que um empregado sem poder de direção praticou um fato tipificado na Lei de Crimes Ambientais em benefício do ente coletivo.

Ocorre, contudo, que quando à lei determina a aplicação de sanção administrativa cumulativamente à pessoa física que materialmente pratica a conduta e a pessoa jurídica, ocorre uma incompatibilidade com a teoria do órgão, como se passa a demonstrar.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2004), a teoria do órgão possui como característica fundamental o princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, assim, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e a

coletividade, e uma relação jurídica interna, que vincularia o órgão à pessoa jurídica a que pertence. Pontes de Miranda (1970), com base nesta teoria afirma que quando o órgão pratica o ato ele entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não havendo representação e sim “**presentação**”, o ato não é do órgão ou das pessoas que o compõe, mas sim da pessoa jurídica.

Segundo OLIVARES (2006), Hauriou também excluía a cumulação de responsabilidades, defendendo que a pessoa jurídica deveria responder pelos atos do agente no exercício de sua função na corporação, o qual seria responsável quando não estivesse em seu desempenho. O Supremo Tribunal Federal também parece ser partidário desse entendimento, como se observa na ementa abaixo:

“Consoante dispõe o § 6º do art. 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, **descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento** – direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-9-2008, Primeira Turma, DJE de 14-11-2008.)

A seguinte passagem do voto condutor do acórdão acima deixa clara a posição adotada:

“Em síntese, o recorrido não tinha ação a formalizar contra o recorrente, em razão da qualidade de agente deste último. **Os atos praticados o foram personificando a pessoa jurídica de direito público e é esta a parte legítima para responder a ação indenizatória.**”

Vê-se, portanto, que segundo a teoria do órgão, o ato da pessoa física que atua no exercício de sua função como órgão da pessoa jurídica é imputado ao ente coletivo e não à pessoa física que o pratica materialmente, tendo em vista o princípio da imputação volitiva, pois, como defende MUNHOZ DE MELLO (2007), para a administração pública foi a pessoa jurídica que praticou a infração, só podendo a ela ser imposta a sanção.

Quando a lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, dando azo ao surgimento de duas sanções cumulativas, a teoria do órgão não pode ser aplicada para justificar a punição da pessoa jurídica, pois este cúmulo de sanções é incompatível com o princípio da imputação volitiva desenvolvido pela teoria do órgão, que, como acima exposto, dá vida a uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e a sociedade, e uma relação jurídica interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence, pois, a atividade do agente passaria a ser imputada à ele e não à pessoa jurídica, o que torna necessário o desenvolvimento de outros critérios para imputação da conduta vedada à pessoa jurídica e, assim, ao surgimento de sua responsabilidade.

Note-se que este problema não existe quando se está diante da combinação de responsabilidade penal para a pessoa natural e de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica, uma vez que a responsabilidade penal é desenvolvida tendo em vista a conduta humana e não se utiliza da teoria do órgão. Contudo, quando estamos diante de responsabilidade administrativa para a pessoa jurídica e para a pessoa natural, que ainda responderá na seara penal, não seria coerente deixar de aplicar a teoria do órgão, imputando a conduta da pessoa natural praticada no exercício de sua função no ente coletivo a ela própria, a fim de gerar sua responsabilidade administrativa pelo ato praticado e, concomitantemente, voltar atrás e utilizá-la para imputar a mesma conduta à pessoa jurídica, fazendo nascer cumulativamente sua responsabilidade. Deve ser observado que neste caso há o surgimento concomitante de duas penas distintas e não o surgimento de simples responsabilidade solidária ou subsidiária, pois o cumprimento da pena estipulada para a pessoa natural não extinguirá o débito da pessoa jurídica e o cumprimento por essa não extinguirá a pena daquela.

Há aqui uma pena cujo cumprimento incumbe à pessoa jurídica e outra cujo cumprimento se impõe à pessoa natural através da utilização da mesma ação material para fundamentar a conduta da pessoa jurídica, através da aplicação da teoria do órgão, e da pessoa física, através da negação do princípio da imputação volitiva inerente a aludida teoria, o que não se pode admitir em decorrência da evidente contradição.

Assim, quando a Lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, é necessário se criar outros critérios

para imputação da responsabilidade à pessoa jurídica, pois a conduta de seu órgão será a ele próprio imputada, gerando sua responsabilidade administrativa, tornando-se inaplicável a teoria do órgão.

Além disso, fazer eclodir duas penas diferentes em decorrência da prática de uma única conduta que vulnera um único bem jurídico coloca em cheque o princípio da vedação do *bis in idem*.

Segundo TIGRE MAIA (2005), a regra da vedação do *bis in idem* decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, intangibilidade da coisa julgada, legalidade e proporcionalidade, estando associada à proibição de que um Estado imponha a alguém dupla sanção ou duplo processo em razão da prática de um mesmo crime. Esta vedação visa garantir de maneira conjunta a liberdade do indivíduo e a segurança jurídica, ao impedir a renovação indefinida do direito de punir do Estado, encontrando como uma de suas origens históricas a regra da proibição do *double jeopardy* do direito americano, com base na qual a Suprema Corte daquele país cunhou o teste do Blockburger, que exclui a ofensa a este princípio quando cada provisão exige a prova de um fato que a outra não requisite.

Como demonstra CANO CAMPOS (2001), aludido princípio proíbe que alguém seja castigado duas vezes pelos mesmos fatos sobre o mesmo fundamento, não havendo proibição de que haja mais de um castigo pelo mesmo fato com fundamento diverso. Para ele, o que o princípio veda é a imposição de duas sanções em decorrência de uma só violação do ordenamento jurídico, devendo-se sempre ter em mira o bem jurídico violado para que se possa averiguar eventual aplicação do princípio.

Assim, se uma conduta viola diversos bens jurídicos protegidos por dispositivos penais diversos e com sanções autônomas, como ocorre no caso do concurso de crimes, não há violação ao princípio em questão. Contudo, se uma única conduta viola uma única vez um único bem jurídico, a mesma não pode receber mais do que uma sanção pelo ordenamento.

Ainda segundo CANO CAMPOS(2001), a doutrina considera configurada ofensa ao princípio quando configurada a tríplice identidade de sujeito, fato e fundamento, havendo *bis in idem* quando um único fato é apenado mais de uma vez apesar de só ter vulnerado um único bem jurídico.

Caso se adote a mesma conduta da pessoa natural que atua no exercício de sua função no ente coletivo para aplicar sanções diversas e cumulativas à pessoa jurídica e a pessoa natural, estar-se-á apenando duplamente uma mesma conduta que vulnera um único bem jurídico, embora as penas estejam sendo aplicadas a sujeitos diversos.

Como observa TIGRE MAIA (2005), é a identidade de fundamento que se revela decisiva para o reconhecimento do princípio em questão. Assim, como no caso há uma única vulneração de bem jurídico, somente uma pena poderia ser imposta, sob pena de ofensa a esta garantia. Com efeito, adotando o acima mencionado teste de Blockburger, cunhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, observe-se que não seria necessário provar qualquer fato adicional para punir simultaneamente e cumulativamente a pessoa jurídica e a pessoa natural que pratica a conduta na condição de órgão, o que deixa patente a ofensa ao princípio da vedação do *bis in idem* que esta segunda interpretação levaria.

Note-se que no caso do concurso de agentes para a prática de uma única infração não há ofensa ao princípio em questão, pois é necessário demonstrar a contribuição de cada agente para o cometimento da infração, razão pela qual todos respondem pela pena. Assim, a punição simultânea de todos aqueles que concorrem para a infração passa facilmente pelo teste de Blockburger, pois é necessário demonstrar a contribuição de cada um para o plano criminoso, o que não ocorre na hipótese vertente.

Desta forma, suponho ter demonstrado que quando a lei cumula a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica e da pessoa natural, como ocorre com o artigo 3 da Lei Anticorrupção, é necessário se criar outros critérios para imputação da responsabilidade à pessoa jurídica, pois a conduta de seu órgão será a ele próprio imputada, gerando sua responsabilidade administrativa, tornando-se inaplicável a teoria do órgão, o que é corroborado pelo princípio da vedação do *bis in idem*, uma vez que a consideração simultânea da mesma conduta, que afeta um único bem jurídico, para aplicar penas diversas à pessoa jurídica e a pessoa natural afronta esta garantia.

Embora tratando de responsabilidade penal, é importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 548181 refutou o entendimento do STJ no sentido de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da responsabilização da pessoa

natural, o que corrobora com o entendimento de que é preciso encontrar um critério para imputação de penas diretamente à pessoa jurídica.

Note-se, ademais, que as penas previstas na lei possuem claramente uma função preventiva, a qual se esvai com a interpretação de que a responsabilização da pessoa jurídica segue o critério da teoria do órgão, imputando-se diretamente a conduta da pessoa natural ao ente moral. Isto se dá porque em razão da vinculação da responsabilidade da pessoa jurídica à conduta da pessoa natural, aquela tenderá a encobrir a conduta desta a fim de evitar punições, sendo certo que o ente moral é quem melhores condições possui para identificar e trazer ao conhecimento das autoridades infrações à lei. Assim, caso a pessoa jurídica não possua interesse em apurar essas infrações, as mesmas dificilmente serão descobertas.

Além disto, o artigo 2 da Lei anticorrupção se afasta do modelo da teoria do órgão ao estabelecer que a pessoa jurídica responde pela infração que tenha sido praticada no seu benefício ou interesse, não exigindo que esta infração tenha sido praticada por uma pessoa a ela vinculada na condição de órgão ou agente. Desta forma, a pessoa jurídica poderia em tese ser responsabilizada até por atos de terceiros, desde que praticados em seu benefício ou interesse, ainda que não exclusivo. Esta possibilidade poderia gerar uma extensão da responsabilidade da pessoa jurídica também incompatível com os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, uma vez que ela poderia ser penalizada por condutas alheias que lhe trouxessem algum benefício, ainda que em nada tivessem para elas contribuído.

Vê-se, portanto, que é necessário se estabelecer critérios de imputação das infrações previstas na lei desvinculados da pessoa natural materialmente responsável pela conduta, pois o artigo 2 e 3 da Lei se afastam deste critério, mas que estabeleçam uma relação entre a pessoa jurídica responsabilizada e o cometimento da infração, a fim de se evitar afronta ao princípio da culpabilidade, de observância obrigatória em todo direito punitivo.

Por fim, é importante ressaltar que, apesar de prever que a punição da pessoa jurídica não afasta a punição da pessoa natural, prevendo um sistema cumulativo de responsabilidade incompatível com a teoria do órgão, a Lei Anticorrupção no seu artigo 5 deixou de tipificar condutas de pessoas naturais, referindo-se exclusivamente à pessoas jurídicas. Assim, a punição de dirigentes e

outras pessoas naturais deverá ser buscada em outros diplomas legais, como o Direito Penal e a Lei de Improbidade Administrativa.

#### **4.4 – ADOÇÃO DE CRITÉRIOS NORMATIVOS DESVINCULADOS DA CULPA E DOLO, FORJANDO-SE UMA CULPABILIDADE PRÓPRIA DA PESSOA JURÍDICA.**

Como visto, uma interpretação sistemática da lei anticorrupção acarreta a negação das duas primeiras possibilidades interpretativas acima apontadas e o acolhimento de uma terceira, que vincula aludida responsabilidade objetiva ao afastamento dos elementos subjetivos dolo e culpa e a adoção de critérios normativos de imputação, capazes de fundamentar o desenvolvimento de uma noção de culpabilidade própria da pessoa jurídica, independente da culpabilidade das pessoas naturais que agem em seu nome e interesse, pois, como reconhecido pela sentença STC 246/1991 da Suprema Corte da Espanha, o princípio da culpabilidade com relação à pessoa jurídica há de se aplicar de maneira distinta da maneira como aplicado com relação à pessoa natural.

Note-se que a criação da responsabilidade objetiva e a imposição de expressivas penas às pessoas jurídicas podem ser considerados um dos pilares da nova legislação. O outro e, talvez mais relevante, é o incentivo a criação de mecanismos de “*compliance*”.

A avaliação dos sistemas conformidade que dentre outras coisas se destinam a prevenir e impedir a prática das condutas tipificadas na lei, e seu efetivo emprego, poderia servir de instrumento para forjar uma noção de culpabilidade própria da pessoa jurídica, de forma a diferenciar sua conduta da conduta das pessoas naturais por meio das quais atua, bem como exercer um juízo de culpabilidade a seu respeito. A análise da conduta e culpabilidade da pessoa jurídica pelas práticas previstas na lei poderá ser desenvolvida à luz da teoria do defeito de organização defendida por Klaus Tiedemann (1996), segundo a qual os entes coletivos têm o dever de se organizar corretamente, podendo ser especificamente responsabilizados quando deixem de empregar meios de controle e precaução capazes de garantir que sua atividade seja desenvolvida de maneira lícita.

Segundo SÁNCHEZ e VARELA(2013), já citados acima, a psicologia social demonstra que o ser humano quando se encontra agrupado nem sempre se comporta de acordo com sua

disposição interna e tende a alterar sua conduta normal sem sequer perceber, influenciado pela organização do grupo, que gera déficits e vieses cognitivos específicos. Os programas de conformidade devem visar justamente eliminar estes déficits de conhecimento ocasionados pelos vieses cognitivos que surgem no seio de agrupamentos, dos quais a pessoa jurídica constitui espécie.

Assim, se o agrupamento de pessoas através da constituição de uma pessoa jurídica diminui a capacidade cognitiva das pessoas naturais, facilitando condutas desviadas, sua organização interna deve buscar compensar esta debilidade cognitiva como contrapartida a esta liberdade de organização. Como destaca PLANAS (2013), o empresário tem o dever de evitar lesões a bem jurídicos decorrentes da organização empresarial, evitando a consumação de riscos dela decorrentes, como contrapartida à liberdade exercida mediante a constituição da pessoa jurídica.

A avaliação a respeito do efetivo emprego destes meios de controle e precaução e o estabelecimento de padrões variáveis de acordo com o ramo de atividade, tamanho, cadeia de comando e outras características específicas de cada pessoa jurídica poderiam servir de critérios normativos capazes de possibilitar o efetivo estabelecimento de uma culpabilidade própria do ente coletivo, dissociados dos elementos subjetivos dolo e culpa, que são relacionados à psique humana. Neste sentido, tendo em vista o afastamento destes elementos relacionados à psique humana, se poderia afirmar que a responsabilidade da pessoa jurídica teria cunho objetivo, como assinalado pela Lei Anticorrupção, mas não haveria ofensa ao princípio constitucional da culpabilidade, tendo em vista a construção de um critério de imputação capaz de relacionar a ofensa ao dispositivo legal à pessoa jurídica sujeita a pena, a qual não decorreria do mero acaso, permitindo que o ente legal se organize de forma a evitar a imputação, estabelecendo e colocando em efetivo funcionamento um programa de conformidade idôneo a assegurar que as condutas daqueles que agem em benefício e interesse da pessoa jurídica seguirão os parâmetros legais e éticos, além de identificar e punir condutas desviadas, levando-as ao conhecimento das autoridades.

Como assinala Tiedemann(1996), os ordenamentos jurídicos do Estados Unidos, Japão, Noruega etc., seguem esta linha. Ele afirma, ainda, que as resistências ao reconhecimento de uma responsabilidade penal da pessoa jurídica está relacionada ao fato deste tipo de responsabilidade se ligar a uma reprovação moral, a qual para alguns somente poderia estar vinculada a uma conduta humana. Contudo, como ele esclarece, a pessoa jurídica pode ser destinatária de normas jurídicas

revestidas de conteúdo ético e violá-las, o que atrairia a reprovação moral de sua conduta e também sua responsabilidade para responder pelas penas previstas no ordenamento.

Cumprе ressaltar, que nos Estados Unidos e Inglaterra se começou a admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos delitos omissivos e culposos, pois neles a imputação do resultado está relacionada à violação de medidas e expectativas normativas. No caso vertente, é justamente isto que se defende, imputar-se à pessoa jurídica as condutas tipificadas na lei anticorrupção praticadas em seu benefício e interesse quando ela se organize abaixo do padrão normativo exigido, deixando de empregar os mecanismos de conformidade que lhe seriam exigidos no caso concreto.

Conforme salientado por Saad Diniz (2013), o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470 (“mensalão”) levou em conta a atitude conforme ou não conforme das instituições financeiras com os regulamentos que determinam a adoção de medidas preventivas à lavagem de dinheiro para embasar a condenação e absolvição de seus diretores por este crime, o que demonstra a tendência de se ter em mira os mecanismos de “*compliance*” no combate à criminalidade econômica.

Heine(1996) também relaciona a culpabilidade da pessoa jurídica à critérios normativos relacionados à deficiência de organização. Segundo ele, como condição do surgimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica seria necessária uma deficiente administração dos riscos relacionados à atividade empresarial e a materialização destes riscos no resultado, havendo a responsabilização do ente coletivo quando ele não se organizasse corretamente, deixando de empregar os meios eficazes para impedir a materialização dos riscos inerentes à sua atividade e o resultado danoso eclodisse.

Note-se que no Direito Administrativo a aplicação da teoria do defeito de organização poderá dar ensejo à restrição da responsabilidade da pessoa jurídica por infrações cometidas por aqueles que atuam em seu nome, pois já é indiscutivelmente aceito neste campo do direito a aplicação de sanções a pessoas jurídicas.

Com efeito, caso a pessoa jurídica não adote ou empregue de maneira ineficiente mecanismos de controle que lhe seriam exigíveis diante de seu porte, área de atuação e dos riscos

inerentes a sua atividade, e pessoas naturais que atuem no seu benefício ou interesse pratiquem as condutas vedadas pela lei, ela deverá responder pelas penas previstas na Lei Anticorrupção, nos termos do artigo 2 da Lei 12846/2013.

Contudo, na hipótese de os mecanismos de controle serem adequados e efetivamente empregados e, não obstante isto, algum funcionário ou terceiro venha a praticar uma conduta típica em benefício ou interesse da empresa, à mesma não deverá ser imposta as penas previstas, pois não terá atuado de forma culpável, respondendo somente civilmente pela recomposição dos danos causados na medida do proveito obtido. Uma conduta será mais facilmente enquadrada nesta hipótese quando a própria pessoa jurídica descubra o fato através de seus mecanismos de controle e o leve ao conhecimento das autoridades.

Alguns poderiam argumentar que esta interpretação daria ensejo a fraudes, propiciando que pessoas jurídicas se autodenunciassem sempre que se vissem na iminência de ser alvo de investigações por assuntos correlatos à lei. Contudo, não seria sempre que a autodenúncia acarretaria a ausência de punição, pois o que se vai analisar é a existência e efetivo funcionamento dos mecanismos de controle no momento da perpetração da conduta vedada e a atitude da pessoa jurídica diante da constatação de eventual infração. Além disto, esta interpretação melhor se coadunaria com a verdadeira intenção da lei, que é evitar a prática das condutas prevenindo a corrupção. Certamente uma pessoa natural que atua em nome da pessoa jurídica pensaria melhor antes de praticar qualquer conduta típica diante da possibilidade daquela eximir-se de punição, ou reduzi-la consideravelmente, revelando os fatos às autoridades, hipótese em que a responsabilidade cível, criminal e administrativa da pessoa natural subsistiria.

Para esclarecer o acima afirmado, me socorro de um exemplo já exposto no capítulo primeiro. Imagine que um gerente de uma pessoa jurídica seja encarregado pela direção da empresa de formular proposta para a obtenção de um contrato com a Administração, o qual pode render lucros relevantes para a sociedade e para ele através de bônus decorrentes da obtenção do contrato. Mencionado gerente sabe, inclusive, que poderá até vir a ser promovido com a obtenção do contrato. Diante disto, ele cogita corromper o funcionário responsável pela contratação e avalia os riscos de ser descoberto. A possibilidade de a trama ser desvendada pela Administração é relativamente pequena, pois o servidor não dará recibo da propina e nem declarará seu recebimento no imposto de renda.

Contudo, existe na empresa mecanismos que exigem a justificação de seus gastos, sendo difícil que o mesmo explique o pagamento da propina.

Diante deste quadro, o gerente pondera que mesmo que a empresa descubra o pagamento da propina, dificilmente revelará os fatos, pois o ato por ele praticado será imputado à própria pessoa jurídica, que poderá ser veemente punida por sua prática, pois a legislação anticorrupção do país adota a teoria da responsabilização indireta, ou por ricochete da pessoa jurídica, imputando-a de forma objetiva as sanções decorrentes de condutas praticadas por aqueles que atuam em seu nome.

Agora imagine que no país em questão se adote a teoria da responsabilidade direta da pessoa jurídica, averiguando-se separadamente sua conduta e a da pessoa natural que age em seu nome. Mencionado gerente sabe que é difícil esconder o pagamento da propina dos órgãos de controle da pessoa jurídica. Sabe ainda, que ela somente será punida caso estes órgãos de controle deixem de atuar, encobrindo o ato por ele praticado, pois caso atuem estarão demonstrando a adequação e eficiência de sua organização e, por consequência, a provável inexistência de culpabilidade em sentido normativo da pessoa jurídica, que é objetiva em razão da ausência de conexão com os elementos culpa e dolo em sentido psicológico.

Parece-me que na segunda hipótese é mais provável que o gerente em questão contenha-se, deixando de oferecer propina ao servidor responsável pela escolha do contratado, pois a possibilidade de sua estratégia vir à tona é relativamente elevada.

Vê, portanto, que os programas de “*compliance*” criados no interior das pessoas jurídicas sujeitas à nova lei anticorrupção desempenharão um importante papel para análise da culpabilidade própria da pessoa jurídica.

Estes mecanismos destinam-se a garantir que a empresa cumpra e faça cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, assegurando a adoção de padrões éticos e idôneos, por seus funcionários e por seus parceiros. Eles vão além do simples cumprimento de imposições legais, incorporando princípio de integridade e conduta ética. Um dos pontos fundamentais de qualquer programa de conformidade é dotar a pessoa jurídica de instrumentos necessários ao controle das práticas adotadas por seus funcionários e colaboradores. Uma empresa que

possui um bom sistema de “compliance” deve conhecer seus parceiros comerciais e adotar cautelas no momento de sua escolha, a fim de evitar que eventuais condutas e práticas desconformes às imposições legais e regulamentares por estes adotadas acabem por repercutir na sua imagem.

Note-se que a falta de responsabilidade por condutas de parceiros tem favorecido o surgimento de empresas que nada mais fazem do que servir de instrumento para pagamento de propinas a servidores públicos. Estas empresas geralmente são contratadas para prestar serviços, muitas vezes através de contratos que não especificam seus objetos, por empresas que desejam obter contratos com a Administração e acabam sagrando-se vencedoras em licitações públicas após firmarem aludidos contratos. Quando o pagamento de propina pela empresa prestadora de serviço é descoberto, a defesa da contratante limita-se a afirmar que ela não pode ser responsabilizada por conduta de terceiros.

A correta interpretação da nova lei anticorrupção pode acabar com esta irresponsabilidade. Para tal, é fundamental que se utilize os mecanismos de conformidade como standards de organização exigíveis, sob pena de deflagração da responsabilidade administrativa objetiva prevista na Lei.

Note-se que a Lei não obrigou a adoção de mecanismos de “compliance” e nem criou um modelo de “*compliance*”, deixando para o aplicador avaliar diante do caso concreto se a pessoa jurídica investigada deveria adotar estes mecanismos e que modelo seria adequado, tendo em vista seu porte, sua área de atuação, o comportamento de suas congêneres em casos semelhantes e outros fatores inerentes a cada sociedade empresarial.

Portanto, entender o que é “compliance”, e quais são seus instrumentos é fundamental para compreensão da lei, pois, além de servir de instrumento para definição da culpabilidade da pessoa jurídica, os mesmos são utilizados como parâmetros para fixação das pesadas penas impostas pela lei, uma vez que para sua individualização o aplicador deverá levar em consideração a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, consoante determina o artigo 7, VII e VIII da Lei. Além disto, ela cria o instituto do acordo de leniência, que pode acarretar a diminuição das penas impostas em até 2/3, em caso de efetiva

colaboração com a investigação de práticas vedadas, o que também estimula a criação de instrumentos de controle pelos destinatários da norma, pois caso eventual conduta irregular seja constatada pela pessoa jurídica, ela poderá se comprometer a adequá-la e ser beneficiada com substancial redução de pena.

O estímulo à criação de mecanismos de “*compliance*” talvez seja o ponto mais importante da nova lei, pois a experiência vem demonstrando que a simples criação e incremento de punições não são suficientes para impedir a prática de condutas delituosas. Paralelamente a isto, é preciso criar uma cultura coletiva de combate à corrupção, alterando as relações e comportamentos daqueles agentes que atuam como parceiros do Estado na formulação e implementação de políticas públicas.

Alguns poderiam objetar o entendimento exposto, no sentido de que o emprego efetivo dos mecanismos adequados de “*compliance*” poderiam até mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica pelas condutas tipificadas na Lei Anticorrupção, sob o argumento de que esta lei somente prevê a consideração destes mecanismos para efeito de redução e não de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica, ao contrário do que prevê o art. 6 da Lei 231 da Itália e o art. 3 da Lei 20393 do Chile, que expressamente excluem a responsabilidade da pessoa jurídica quando hajam cumprido as exigências do modelo de prevenção imposto.

Contudo, como ressalta BACIGALUPO(2012) a luz do direito espanhol, cuja lei a semelhança da nossa somente faz remissão aos mecanismos de conformidade para fins de atenuação da pena, se se parte da culpabilidade por defeito de organização como um pressuposto legitimador da responsabilidade da pessoa jurídica, a falta de culpabilidade por ausência de defeito de organização deverá ser considerada como circunstancia excludente da responsabilidade. Note-se que há na Lei da Espanha como na do Brasil pontos de apoio para sustentar que o legislador não desconhece a ideia de culpabilidade por defeito de organização, o que justifica o entendimento acima.

Com relação à Lei brasileira, a alusão feita pelos artigos 7, VII e VIII a instrumentos inerentes a mecanismos de controle e prevenção de ilícitos para a graduação da penalidade aplicada demonstra a tentativa clara de vincular a culpabilidade da pessoa jurídica ao emprego destes

mecanismos, como feito pela teoria da culpabilidade por defeito de organização, pois é na aplicação da pena que a análise da culpabilidade assume primordial importância.

Assim, tendo em vista que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador são expressões do *ius puniendi* estatal, os princípios cunhados pelo Direito Penal, como o princípio da culpabilidade, também são aplicáveis na seara do Direito Administrativo Sancionador, podendo-se fazer algumas adaptações em razão do segundo não aplicar penas privativas de liberdade.

Diante disto, a responsabilidade objetiva administrativa prevista no artigo 2 da Lei 12846/2013 deve ser interpretada de forma compatível com o princípio da culpabilidade. A interpretação sistemática da Lei anticorrupção permite interpretar esta responsabilidade objetiva a luz da teoria da culpabilidade por defeito de organização, cunhando uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, desvinculada dos elementos dolo e culpa, gerando uma responsabilidade objetiva, vez que dissociada destes elementos psicológicos, a qual é compatível com o princípio da culpabilidade e se vincula a elementos normativos consistentes na implantação e efetivo emprego de sistemas adequados de conformidade. Ou seja, a existência de uma organização defeituosa constitui o núcleo da responsabilidade e os programas de conformidade se constituem como o conjunto de medidas que a empresa deveria adotar para contar com uma organização virtuosa e não ser responsabilizada, consoante aduz MARTIN (2013).

Ao se fazer referência à culpabilidade da pessoa jurídica, é sempre preciso se ter em mente que toda a dogmática do direito penal foi construída tendo em vista a conduta humana, o mesmo ocorre com relação ao denominado princípio da culpabilidade, impondo-se a devida adaptação quando o mesmo é transposto para a análise da responsabilidade da pessoa jurídica, caso se pretenda desvincular esta responsabilidade da conduta do agente que diretamente adotou o comportamento previsto na norma que impõe a sanção, o que é a finalidade do presente trabalho.

Segundo ZAFFARONI(2004), em sua formulação mais simples o princípio da culpabilidade revelava a necessidade de que o delito fosse causado ao menos em decorrência de culpa e que o injusto fosse reprovável ao autor. Disto se pode extrair que este princípio engloba elementos pessoais do cometimento do delito que acarretam a reprovabilidade da conduta e a legitimação da imposição da pena.

Assim, quando se alude a organização defeituosa como culpabilidade da pessoa jurídica, o que se busca é estabelecer um vínculo entre a conduta prevista na norma e a pessoa jurídica, que deveria se organizar para impedir que ela fosse praticada em seu benefício ou interesse, estabelecendo programas de conformidade com os mandamentos legais, advindo a reprovabilidade de sua conduta e a legitimidade da imposição da pena quando ela deixe de adotar instrumentos para impedir a infração à norma, sendo-lhe exigível na situação que os adotasse.

Para legitimação do *jus puniendi* do Estado se exige que a conduta seja típica, ilícita e culpável, quer se trate de verdadeira responsabilidade penal, quer se trate responsabilidade administrativa, como defende BACIGALUPO (2012). Quando se adota a teoria do órgão e se transporta a conduta da pessoa física que atua na condição de órgão para a pessoa jurídica nenhum problema decorre da adoção deste modelo, pois na verdade o objeto de análise é uma conduta humana que é transposta para a pessoa jurídica.

Contudo, quando se pretende adotar um modelo de imputação próprio do ente coletivo, baseado no defeito de organização e na adoção de programas que conformidade que seriam exigíveis no caso concreto, é preciso verificar se esta sistemática tripartite de análise deve ser mantida, e, ainda, em qual destes elementos seria apropriado analisar a correta ou defeituosa organização empresarial.

O artigo 2 da Lei 12846/2013 dispõe:

Art. 2º , As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Vê-se, portanto, que o surgimento da responsabilidade administrativa da pessoa jurídica está condicionada à prática de umas das condutas tipificadas no artigo 5 da Lei em interesse ou benefício da pessoa jurídica.

Adotando-se o modelo de culpabilidade por defeito de organização defendido no presente trabalho, para que surja a responsabilidade do ente coletivo é necessário que uma pessoa física pratique as condutas previstas no artigo 5 da Lei em interesse ou benefício de uma pessoa jurídica e esta tenha se furtado a adotar e efetivamente empregar sistemas de conformidade idôneos a evitá-las.

No direito espanhol, que possui norma semelhante, TOMILLO (2011) defende que o injusto típico restaria configurado pela prática da conduta descrita em um dos tipos por uma pessoa natural em benefício da pessoa jurídica, o que ele denomina fato de conexão, ainda que se conceba esta conduta de forma plural, fragmentada ou atomizada, ou seja, sem que seja necessário identificar e individualizar o autor do fato de conexão. Afirma, ainda, que o defeito de organização deveria ser analisado na culpabilidade, a qual restaria afastada quando a pessoa jurídica possuísse uma organização idônea a impedir o cometimento de delitos, o que restaria configurado quando as medidas de conformidade adotadas fossem suficientes para que um espectador objetivo excluísse racionalmente a possibilidade de cometimento de delitos na empresa.

SILVA SANCHES (2013), por sua vez, adverte que não se pode construir um autêntico equivalente funcional da culpabilidade pessoal para a pessoa jurídica e que os modelos de imputação direta de responsabilidade aos entes coletivos decorrentes de defeitos de organização, consistentes em ausência ou deficiente funcionamento de sistemas de conformidade, representam uma forma de imputação extraordinária e que exigem adaptações nas construções dogmáticas tradicionais.

Não obstante esta observação, propõe um sistema de imputação dos fatos de conexão às pessoas jurídicas paralelo à imputação objetiva dos crimes comissivos por omissão, de forma que o fato de conexão possa ser imputado à omissão do devido controle pela pessoa jurídica. Assim, aduz que a dinâmica de grupo interna à pessoa jurídica pode conformar uma realidade que favoreça a prática de delitos, decorrente de uma autorregulação defeituosa que caracteriza um estado de coisas antijurídico, que deveria ser analisado no momento de imputar o fato de conexão à pessoa jurídica em três momentos, quais sejam: um Juízo de passado que demonstre que a organização defeituosa facilitou a prática do fato de conexão, gerando um risco desaprovado que se materializou neste fato, um Juízo de presente, que averigue se o defeito permanece, e um Juízo de futuro, que demonstre que este defeito favorece a prática de delitos no futuro. Um juízo negativo com relação ao passado excluiria a imputação do fato à pessoa jurídica, com relação ao presente e ao futuro permitiria a redução da pena.

Apesar de ressaltar as necessárias adaptações, observa-se que SILVA SANCHES (2013) mantém uma construção paralela à dogmática tradicional, o que lhe permite realizar uma interpretação teleológica restritiva do teor literal da lei, como por ele próprio ressaltado.

Diferentemente, MARTÍN (2013) propõe uma abordagem da culpabilidade por defeito de organização dissociada da construção dogmática desenvolvida com base no comportamento humano caracterizado pelo fato típico, antijurídico, culpável e punível, que na sua visão traria complicações desnecessárias para a análise da responsabilidade de pessoas jurídicas e se revelaria inadequado. Ele chama atenção que a globalização fragilizou a capacidade reguladora dos Estados e que os sistemas de conformidade se desenvolvem como um instrumento de governança global, podendo ser definidos como um meio de controle social com a finalidade de impedir condutas desviadas dentro de uma organização, sendo necessária a construção de uma dogmática compartilhada internacionalmente, revelando-se inadequado seguir a estrutura do delito desenvolvida na tradição germânica, pois ela não seria compartilhada por diversos países.

Assim, propõe o desenvolvimento de uma dogmática de análise da responsabilidade da pessoa jurídica focada na construção do direito penal internacional, distinguindo basicamente duas categorias, a “ofense”, que descreveria o comportamento proibido, e as “defenses”, que reuniriam todos os motivos materiais e processuais que levariam à exclusão da responsabilidade.

No que pertine à relação de imputação entre o fato de conexão e o defeito no programa de cumprimento, MARTIN (2013) sustenta que o que é relevante para tal é a gravidade do defeito de organização, sendo a teoria da imputação objetiva inadequada para definir as relações entre o fato de conexão e o defeito de organização, pois seria empiricamente indemonstrável que o risco desaprovado gerado pelo defeito de organização se materializou naquele fato.

Assim, assinalando que a responsabilidade por defeito de organização se constrói em uma estrutura temporal diversa da responsabilidade individual, abarcando momentos anteriores e posteriores ao fato de conexão, propõe que se analisem os sistemas de conformidade abstratamente em sua forma geral e em concreto, verificando qual sua eficácia para prevenir fatos semelhantes ao fato de conexão perpetrado e qual foi a falha ocorrida no caso concreto. O sistema de conformidade resultaria

eficaz quando para a prática do fato de conexão tenha sido necessário iludir alguns dos sistemas de controle estabelecidos pelos sistemas de conformidade. O defeito de organização seria grave quando o sistema de conformidade não passasse pelo teste em abstrato, configurando-se mais leve quando tenha sido inadequado somente no caso concreto.

O enfoque desenvolvido por MARTIN (2013) é interessante pelo esforço de simplificação da dogmática envolvida na responsabilização da pessoa jurídica e pela tentativa de usar categorias do direito penal internacional que seriam comuns à comunidade internacional. Contudo, como demonstra CLEMENTINO (2010), apesar de o direito penal internacional ser estruturado de maneira diversa, seguindo a tradição dos países de *common law*, os elementos da teoria do delito desenvolvida no direito continental europeu, principalmente a culpabilidade, podem ser nele localizados, não havendo uma diferença inconciliável entre ambas construções que imponha o abandono de nossa cultura jurídica no estudo da responsabilidade penal da pessoa jurídica com o propósito de simplificar a atuação destes agentes no mercado global. Ademais, o sistema por ele proposto para análise dos sistemas de conformidade não permite ao interprete verificar no caso concreto qual seria a organização exigível do ente coletivo, levando a uma padronização que em alguns casos pode levar à ineficácia da lei e, em outros, ao estabelecimento de exigências excessivas, impossíveis de serem cumpridas por pequenas empresas.

Por fim, como ressaltado por SILVA SANCHES (2013), manter uma construção paralela à dogmática adotada tradicionalmente para análise deste novo modelo de responsabilidade, ainda que com adaptações necessárias, nos permitirá realizar correções teleológicas do teor literal da lei, quando necessário.

Assim, me parece que o mais adequado para a análise da responsabilidade da pessoa jurídica de acordo com a culpabilidade por defeito de organização é, em um primeiro momento, se verificar a materialização do defeito de organização no fato de conexão, que deve estar tipificado no artigo 5 da Lei. Havendo esta materialização, seria possível imputar o fato de conexão ao ente coletivo e presumir a antijuridicidade da organização empresarial.

Caso o ente coletivo não demonstre a existência de alguma justificante legal para o defeito de organização materializado no fato de conexão, se passa a analisar se seria exigível que

aquele ente se organizasse de forma diversa e se o modelo de organização exigível eliminaria o defeito de organização materializado no fato de conexão, o que poderia excluir sua culpabilidade. A prova da inexigibilidade de outro modelo de organização incumbe à pessoa jurídica e, quando mais elevado o cargo ocupado pelo autor do fato de conexão na pessoa jurídica, mais dificuldades haverá para afastar sua culpabilidade, tendo em vista o grande cuidado que se deve ter com a seleção de pessoal responsável por ditar os rumos do ente coletivo.

Após, a sanção será imposta de acordo com a gravidade do defeito de organização existente, devendo-se comparar para tal qual seria o modelo de organização exigível e qual foi o efetivamente adotado, além dos demais parâmetros fixados pelo artigo 7 da Lei 12846/2013.

É preciso salientar que ainda que não seja necessário apontar qual foi o autor do fato de conexão e processa-lo conjuntamente à pessoa jurídica, é indispensável a demonstração da prática deste fato, pois, sem ele o defeito de organização não pode ser sancionado pela lei anticorrupção, tendo em vista que este fato de conexão é elemento do tipo da infração praticada pela pessoa jurídica. Haveria aqui uma espécie de acessoriedade limitada, como defende TOMILLO (2011).

Uma objeção que se poderia fazer a interpretação aqui defendida, no sentido de que o critério de imputação das condutas tipificadas na Lei anticorrupção seria o da culpabilidade por defeito de organização baseada na implantação de sistemas de conformidade adequados, seria que a mesma não individualiza totalmente a conduta da pessoa jurídica da qual decorreria sua responsabilidade, deixando de especificar quais medidas de “*compliance*” seriam necessárias para evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, afrontando o princípio da legalidade.

Tal crítica, contudo, não procede, pois o direito penal e o direito sancionador admitem plenamente a construções de tipos abertos, cujo conteúdo específico da conduta vedada somente pode ser obtido através de interpretações e do socorro a valorações, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, embora se reconheça que em razão do princípio da legalidade, do qual decorrem os princípios da taxatividade e da determinação, o tipo deva descrever a conduta vedada da forma mais específica possível.

Tendo em vista que a liberdade de organização empresarial decorre do princípio da livre iniciativa previsto no artigo 1, IV da Constituição, o Estado não teria como estabelecer de maneira pormenorizada um único modelo de organização da empresa com vistas a impedir a prática dos delitos tipificados na Lei Anticorrupção. Por outro lado, não se pode admitir que a liberdade de iniciativa seja utilizada de forma a fomentar a prática de delitos no seio da empresa e dificultar a identificação de seus autores. Assim, a fim de compatibilizar o princípio da liberdade de iniciativa com a preservação de bens jurídicos protegidos pela lei, o ideal é a utilização da técnica da autorregulação regulada descrita no segundo capítulo, mantendo a liberdade de auto-organização da pessoa jurídica, mas impondo-lhe como limite a preservação destes bens jurídicos, cuja ofensa em seu benefício ou interesse poderá gerar sua responsabilidade, sendo indispensável o socorro a tipos abertos na hipótese. Desta forma se pode compatibilizar a preservação de bens jurídicos importantes para o convívio social, o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da legalidade.

Além disto, cumpre ressaltar, como destacado por FERNÁNDEZ (2013), que as normas que regulam um sistema de conformidade são detentoras de caráter técnico, sendo desaconselhável sua previsão detalhada em um diploma legislativo.

Observe-se, contudo, que a fim de atribuir maior previsibilidade possível ao modelo de organização exigível é muito importante que os organismos com atribuição para aplicar a lei estabeleçam um diálogo franco e aberto com a sociedade, divulgando ao público casos hipotéticos e reais em que entenda haver defeitos de organização, a exemplo do FCPA resource guide, produzido pelo departamento de justiça e pela comissão de valores mobiliários dos Estados Unidos.

Além disso, seria interessante que estes órgãos credenciassem entidades destinadas a realizar certificação de sistemas de conformidade, os quais no exercício desta função poderiam, inclusive, efetivar sugestões de alterações visando melhorá-los. Para evitar fraudes, seria interessante que fosse designado um órgão para credenciar e arquivar resultados de certificações concomitantes a sua realização.

Com relação àquelas empresas que possuem contratos com a Administração, poder-se-ia incluir nos próprios instrumentos contratuais cláusulas facultando aos órgãos incumbidos da aplicação da lei, anteriormente à detecção de qualquer ilícito, identificarem e analisarem os sistemas

de conformidade das pessoas jurídicas, sugerindo eventuais alterações a fim de evitar infrações à Lei. Tendo em vista que a Administração celebra muitos contratos, a efetiva averiguação destes sistemas ocorreria naqueles casos em que fossem identificados maiores riscos de infração à lei.

Por fim, cumpre ressaltar que, segundo ROXIN (1997), o princípio da determinação do tipo penal tem a função de impor limites a uma extensão arbitrária à interpretação, o que justamente é o objetivo da adoção do defeito de organização como critério de imputação das condutas prevista na Lei Anticorrupção à pessoas jurídicas, pois a alternativa a seu acolhimento é impor-lhes responsabilidade por todas as condutas praticadas em seu benefício ou interesse, consoante estabelece o artigo 2 da Lei, o que estenderia as hipóteses de punição legal.

Talvez também visando impedir aplicações arbitrárias da lei, o artigo 6 § 2 condicionou a aplicação das sanções ali previstas a manifestação jurídica da Advocacia Pública, o que visa resguardar o administrado, assegurando que a imposição das sanções ocorrerá conforme o direito.

## CONCLUSÃO

Para se interpretar corretamente a responsabilidade objetiva prevista na Lei Anticorrupção é preciso abrir o foco e não se ater exclusivamente ao seu aspecto punitivo. Talvez o aspecto mais importante da nova legislação tenha sido o estímulo à adoção de sistemas de conformidade pelas pessoas jurídicas. Estes sistemas de “*compliance*” podem modificar a cultura desenvolvida no ambiente empresarial do Brasil, gerando uma rede de combate à corrupção envolvendo atores públicos e privados.

A conjugação de esforços públicos e privados no combate a este mal pode aumentar a eficácia da política anticorrupção criada pela lei. Assim, é preciso funcionalizar a autorregulação empresarial também à obtenção de objetivos públicos, como o combate à corrupção, através da adoção de uma autorregulação regulada e o estabelecimento de um diálogo entre os atores públicos e privados, visando obter melhores resultados no combate à corrupção, o que passa pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento constante de sistemas de conformidade.

Este aperfeiçoamento constante dos programas de conformidade somente ocorrerá caso os órgãos encarregados de impor as sanções previstas na lei dialoguem com a sociedade, trocando experiências a fim de que haja a construção conjunta de parâmetros flexíveis para a estruturação de sistemas de conformidade, que devem levar em conta os riscos específicos a que cada pessoa jurídica se encontra submetida, a fim de que seja encontrado um programa de conformidade exigível para cada entidade, o que somente pode ser avaliado no caso concreto.

Apesar de somente ser possível atestar o correto funcionamento de um sistema de conformidade diante do caso concreto, o credenciamento de entidades destinadas a testá-los e certificá-los poderá ajudar na sua parametrização e evitar punições de pessoas jurídicas, alertando-as para necessidade de correção de eventuais falhas e deficiências em seu sistema. Nestes testes envolvendo atores privados certificadores e pessoas jurídicas submetidas à lei, pode-se, inclusive, simular situações a fim de averiguar eventuais falhas do sistema de conformidade.

Com relação à responsabilidade objetiva administrativa prevista na lei, observe-se que a mesma se afasta da consideração dos elementos subjetivos dolo e culpa inerentes à psique

humana. Contudo, tendo em vista o princípio da culpabilidade, de cunho constitucional, é necessário se encontrar um critério de imputação das sanções ao ente coletivo, o qual deve estabelecer um elo entre o cometimento da infração e a pessoa jurídica, bem como a reprovação de sua forma de atuar.

Isto pode ser obtido através da construção de uma culpabilidade própria do ente coletivo, baseada na sua organização interna e na adoção de sistemas de conformidade capazes de evitar a prática das condutas tipificadas pela lei, como a culpabilidade por defeito de organização desenvolvida por Tiedemann.

Esta interpretação, além de mais uma vez estimular a adoção de sistemas de conformidade, que como visto tem o potencial de criar uma verdadeira cultura de combate à corrupção, permite até mesmo limitar a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito administrativo, onde a responsabilidade do ente coletivo já é amplamente admitida através da adoção da teoria do órgão, o que afasta algumas críticas sofridas no âmbito penal pela doutrina construtivista da culpabilidade do ente coletivo.

Vê-se, portanto, que a responsabilidade objetiva administrativa prevista na Lei Anticorrupção impõe a consideração dos sistemas de conformidade como elo entre o cometimento da infração e a pessoa jurídica, e, ainda, como critério para a reprovação de sua forma de atuar.

Assim, em um primeiro momento, se deve verificar se eventual falha no sistema de conformidade se materializou na realização de uma conduta tipificada na lei em benefício ou interesse da pessoa jurídica, o que leva a possibilidade de se imputar este fato ao ente coletivo e presumir a antijuridicidade da organização empresarial.

Caso o ente coletivo não demonstre a existência de alguma justificante legal para falha do sistema de conformidade materializado no fato tipificado pela lei, se passa a analisar se seria exigível que aquele ente se organizasse de forma diversa, e se o modelo de organização exigível eliminaria a falha encontrada e sua materialização no fato de conexão, o que pode excluir sua culpabilidade. A prova da inexigibilidade de outro modelo de organização incumbe à pessoa jurídica e, quanto mais elevado o cargo ocupado pelo autor do fato de conexão na pessoa jurídica, mais

dificuldades haverá para afastar sua culpabilidade, tendo em vista o grande cuidado que se deve ter com a seleção de pessoal destinado a fazer sua gestão.

Após, a sanção será imposta de acordo com o gravidade do defeito de organização existente, devendo-se comparar para tal qual seria o modelo de organização exigível e qual foi o efetivamente adotado, além dos demais parâmetros fixados pelo artigo 7 da Lei 12846/2013.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAGÃO, Alexandre. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. Interesse Público IP Belo Horizonte, n. 27, ano 6 Setembro / Outubro 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50327>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

----- . Curso de Direito Administrativo. 2 edição. Editora Forence. 2013.

ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos. A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas. 2010. Disponível em: [www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/.../Filipa\\_Vasconcelos\\_de\\_Assuncao.pdf](http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/.../Filipa_Vasconcelos_de_Assuncao.pdf)

BACIGALUPO, Enrique. “Compliance” y derecho penal. 1 edição., Buenos Aires, Hamurabi, 2012.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Las Medidas Administrativas Y Penales De Prevención Del Blanqueo De Capitales Em El Ambito Urbanistico: Limites Entre Las Infracciones Administrativas Y Delito. Anuario De La Facultad De Derecho De La Universidad Autonoma de Madrid 12 (2008). Pag. 15-39.

BARROSO. Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.) Revista Eletrônica Sobre A Reforma Do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n 9, março abril, maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 26 de janeiro de 2015.

----- . Agencias Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. pag. 59/87, Agencias Reguladoras e Legitimidade Democrática. Bimenbojm. Gustavo. Organizador. Lumen Juris. 2006.

BECARIA. Cesari. Dos Delitos e das Penas. Edição Ridendo Castigat Mores 1764. Disponível em [www.jahr.org](http://www.jahr.org)

BERINI. Arturo González de León. Autorregulacion empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho penal. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013.

BEVILAQUA Clovis. *Theoria Geral do Direito Civil atualizada por Achilles Bevilaqua*. 3 Edição. Ed. Livraria Francisco Alves. 1946.

BIELSA, Rafael. *Princípios de Derecho Administrativo*. 3 edição. Ed Depalma. Buenos Aires 1966.

BORZEL. Tanja. *Organizing Babylon – On the Different conceptions of Policy Network*. *Public Administration* Vol. 76. 253/273. 1998.

BRITO, Antônio José Guimarães. Estado nacional, etnicidade e autodeterminação. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Elementos de antropologia jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 59-73.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 3 Edição. Coimbra. Ed. Coimbra Editora. 1951

CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos em el derecho administrativo sancionador. In *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, n 156, p. 191-211, set/dez. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 11 Edição. Ed LUMEN JURIS. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 Edição. 2000.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A Culpabilidade no Direito Internacional Penal. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 51-65, out./dez. 2010.

CRETILLA JR, José. Do ilícito Administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. V. 68. N 1. 1973. Pa. 135/159. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66693/69303>.

DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè. Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada. 2002. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7681;jsessionid=4AB79B1B7C535C160E3B7E35CCA7BC94.tdx1>.

DINIZ. Eli. Ajuste e reforma do Estado. In: GERSCHMAN, S., and VIANNA, MLW., orgs. *A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997.

-----Ajuste e reforma do Estado. In: GERSCHMAN, S., and VIANNA, MLW., orgs. *A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997.

-----O Pós-Consenso de Washington: globalização, Estado e desenvolvimento revisitados\*. 30º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu, 24 a 27 de outubro de 2006. Disponível em: [http://neic.iesp.uerj.br/o\\_pos-consenso\\_de\\_washington.pdf](http://neic.iesp.uerj.br/o_pos-consenso_de_washington.pdf)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12 edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2000.

ENNECCERUS, Ludwig. NIPEERDEY, Hans Carl. WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Primer Tomo. Parte General. Traducción. Blas Pérez Gonzales y José Alguer. Ed. Bosh. Barcelona. 1947

FERNÁNDEZ. Montaner Raquel. La Estandarizacon Alemana de los Sistemas de Gestion de Cumplimento. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013

FORJAZ. Maria Cecília Spina. Globalização e Crise do Estado Nacional. Revista: RAE - Revista de Administração de Empresas. V. 40, p. 38-50, 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Ensaio Sobre a Teoria do Órgão. Editora da Universidade Federal do Paraná. 1981.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 917, abr. 2012. Fórum Administrativo - FA Belo Horizonte, ano 12, n. 134, abr. 2012.

GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina. Sanciones penales contra empresas em Espanha (Hispanica societates delinquere potest). In Compliance y Teoria del Derecho Penal. KUHLEN, Lothar. MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Inigo Ortiz de Urbina (EDS.). Ed. Marcial Pons. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas:. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9180>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

GONÇALVES, Alcindo. O Conceito de Governança. Disponível em <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>).

----- A Legitimidade na Governança Global. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_e\\_politica\\_alcindo\\_goncalves.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_alcindo_goncalves.pdf)

HEINE. Gunter. La Responsabilidad Penal de Las Empresas: Evolucion Internacional y Consecuencias Nacionales. Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf)

GRAU. Eros Roberto. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Malheiros Editores. 11 Edição. 2006.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal, Revista de Direito Administrativo, seleção histórica, 1945-1995.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II .Tradução Gustavo Bayer. Editora Tempo Brasileiro. 1985.

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e a Intensidade da Regulação Estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, nov/dez 2005, Jan 2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br> Acesso em 27 de janeiro de 2015.

----- Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72094>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

MARTIN, Nieto Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el Derecho penal. In Compliance y Teoria Del Derecho Penal. Lothar kuhlen. Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Eds. Marcial Pons. 2013.

MEDAUAR. Odete. Regulação e Auto-Regulação. Revista Eletrônica Interesse Público ano 4 numero 14. Abril/jun 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre agentes e órgão públicos. Regime jurídico do funcionários públicos. São Paulo. Ed. Revista do Tribunais.1975

MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Ed Malheiros. 23 Edição. 2007.

MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2 Edição. Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. Revista Interesse Público, São Paulo, ano 1, n. 4, p 9-22, out./dez. 1999

----- Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37401>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

----- A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p 147/166, abr/jun 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=36079>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição de 1988. Ed. Malheiros. 2007.

OLIVARES, José Miguel Valdivia. TEORÍA DEL ÓRGANO Y RESPONSABILIDAD PÚBLICA EN LA LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. Revista de Derecho Vol. XIX – n 2 –. Pag. 133-159-Diciembre 2006.

PACHUKANIS, E.B. Teoria Geral do Direito e o Marxismo. Tradução Silvio Donizete Chagas. Ed. Acadêmica. 1988.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. Forense 1996.

-----Instituições de Direito Civil. Volume I. Editora Forense. 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Geral – Tomo III – Negócio Jurídico. Representação. Conteúdo forma. Prova. 3 Edição. Ed. Borsoi. 1970.

REALE. Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 edição. Saraiva 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I . Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito. Traducción y notas. Diego Manuel Luzòn Peña. Miguel Diaz Y Garcia Conlledo. Javier de Vicente Remessal. Ed. Civitas 1997

----- Estudos de Direito Penal. Tradução Luiz Greco. Ed Renovar 2006.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil, Volume I, Introdução e Parte Geral Direito das Pessoas. Tradução da 6 Edição italiana, Dr. Ary dos Santos. Ed. Saraiva. 1971.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de compliance na APn, 470/MG. Revista dos Tribunais. RT 933. Julho de 2013.

SANCHEZ. Jesus-Maria Silva. La Expansion del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales. Segunda Edição. Ed. Civitas. 2001.

----- La responsabilidad penal de las personas jurídicas em Derecho espanhol. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sánchez (director). Raquel Montaner Fernández (Coordinadora). Ed. Atelier Libros Jurídicos. 2013.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. VARELA, Lorena. Responsabilidades Individuais em estruturas de empresa. In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013.

SANTOS, Hermilio. Perspectivas contemporâneas para a constituição de redes de políticas públicas. Civitas n 5. Pág. 59-68. 2005.

SCHNEIDER. Volker. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. Civitas. Porto Alegre. V. 5 n. 1 Pág. 29/58. 2005.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. Revista de Administração Pública, Vol. 43, no. 2. FGV. 2009

----- . Políticas Públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SEN, Amartya, Desenvolvimento como liberdade; Companhia das Letras. 2010

----- A ideia de Justiça. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia da Letras. 2011.

SOUTO. Marcos Juruena Villela. FUNÇÃO REGULATÓRIA. REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO ADMINISTRATIVO.(REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n 13, fevereiro, março abril de 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 26 de janeiro de 2015.

TEPEDIDO. Gustavo. BARBOZA. Heloisa Helena. MORAES. Maria Celina Bodin de Moraes. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Renovar (2004)

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad Penal De Las Personas Juridicas. 1996 Disponível em: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_07.pdf)

TOMILLO, Manuel Gómez. Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. El sistema español. Revista Jurídica de Castilla y Leon n 25. Septiembre 2011

TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico ESMU, ano 4 número 16, pag 11/75 – julho/setembro de 2005.

VICEN, Felipe Gonzalez. La Teoria del Derecho y el Problema del Metodo Juridico en Otto Von Gierke. In Estudios de filosofia del derecho. Pag 259/334. Coordinador Felipe González Vicen. Ed. Universidad de La Laguna. 1979.

VILA. Ivo Coca. ?programas de cumplimiento como forma de autorregulacion regulada? In Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013.

VIVES. Beatriz Goena. La atenuante de la colaboración. in Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención e Reacciones Corporativas. Jesus-Maria Silva Sanchez e Raquel Montaner Fernandez. Ed. Atellier Libros Juridicos. 2013.

ZAFARONNI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Ed. Renovar. 5 Edição 2004.